

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DU DÉTOURNEMENT

ET DE

LA DISSIPATION FRAUDULEUX

DANS L'ABUS DE CONFIANCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le lundi 28 avril 1913, à 1 heure 1/2

PAR

Fernand LEMAIRE

Président : M. LYON-CAEN, professeur.

Suffragants : { MM. PLANIOL, professeur.
CAPITANT, professeur.

PARIS

ÉMILE LAROSE, LIBRAIRE-ÉDITEUR

11, Rue Victor-Cousin, 11

—
1913

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses ; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DU DÉTOURNEMENT

ET DE

LA DISSIPATION FRAUDULEUX

DANS L'ABUS DE CONFIANCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le lundi 28 avril 1913, à 1 heure 1/2

PAR

Fernand LEMAIRE

Président : M. LYON-CAEN, professeur.

*Suffragants : { MM. PLANIOL, professeur.
CAPITANT, professeur.*

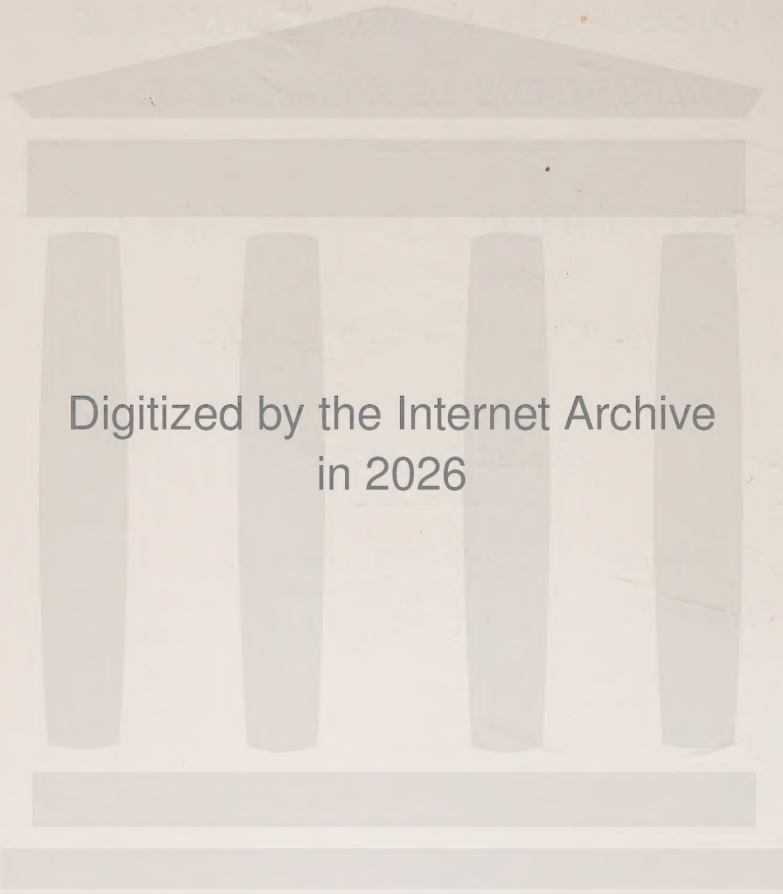


PARIS

ÉMILE LAROSE, LIBRAIRE-ÉDITEUR

11, Rue Victor-Cousin, 11

1913



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DU DÉTOURNEMENT

ET

DE LA DISSIPATION FRAUDULEUX

DANS L'ABUS DE CONFIANCE

INTRODUCTION

L'abus de confiance est un délit de construction récente. Certains des faits retenus actuellement par l'article 408 de notre Code pénal étaient bien punissables soit en droit romain, soit dans l'ancien droit français ; mais alors l'infraction n'était pas spécifiquement distinguée ; les faits punissables dont nous parlons n'étaient que des applications particulières du délit général de *furtum*. Ainsi le mandataire qui employait à son profit les objets à lui confiés pour être restitués au mandant, ou le créancier gagiste qui s'appropriait sans droit la chose remise en garantie entre ses mains, ou encore le dépositaire qui usait de l'objet du dépôt dans des conditions autres que celles convenues, étaient considérés comme passibles

des peines de furtum. *Furtum committebant* (1).

La notion de *furtum* se trouvait ainsi très étendue : elle comprenait les cas de vol proprement dit, au sens que nous donnons actuellement à ce mot, et aussi certains cas d'escroquerie, et enfin quelques-uns des plus caractéristiques parmi les faits visés par l'article 408 du Code pénal (2).

La même règle fut suivie chez nous dans les pays de droit écrit : « Le vol ne se commet pas seulement par la soustraction, mais encore par l'abus que l'on fait de la chose d'autrui. La loi (le droit romain) nous en donne des exemples : le dépositaire qui se servirait de la chose déposée entre ses mains, le créancier gagiste qui se servirait du gage à lui donné par le débiteur... Mais les vols de cette espèce sont distingués des précédents quant à la peine. » (Muyart de Vouglans. *Lois criminelles*, p. 280, n° 6. Jousse. *Justice criminelle*, p. 172.)

Dans les pays de coutume au contraire on s'écarta généralement de cette règle : « En France, disait Serres, nous n'admettons pas d'autre larcin que celui

1. « Itaque sive creditor, pignore sive is apud quem res deposita est, ea utatur sive is qui rem utendam accepit in alium usum eam transferat quam cujus gratia ei data est, furtum committit. » (*Institutes*, liv. IV, t. I, § 6). (*Digeste*. Loi 22, § 7. Livre XVII, t. I.)

2. *Furtum autem sit non solum quum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter quum quis alienam rem invito domino contrectat.* (*Institutes*, loc. cit.).

qui se fait de la chose même pour se l'approprier ; car dans les autres cas, soit de dépôt, de gage ou de commodat, on ne doit se pourvoir que par la voie civile pour les dommages-intérêts si on en a souffert, ou si la chose a été détériorée. » (*Institutes du droit français*, liv. 2, t. I, § 6.)

En somme, pour le droit romain, ce que nous appelons aujourd'hui abus de confiance était considéré comme une atteinte à la propriété assimilable au vol. Par contre, pour nos anciennes coutumes, l'abus de confiance apparaissait comme un simple cas d'inexécution des contrats et ne relevait à ce titre que du droit civil.

Cette dualité de point de vue est intéressante à noter. Certes dans notre législation actuelle, l'abus de confiance constitue bien un délit punissable, il ne relève plus seulement du droit civil ; cependant la question peut se poser de savoir si l'infraction est punie comme atteinte à la propriété ; si elle est demeurée, dans l'esprit de notre Code, selon la théorie romaine, une variété du vol ; ou si, au contraire, elle est réprimée à titre d'inexécution frauduleuse de certains contrats impliquant un élément tout particulier de confiance ? Au regard du texte de l'article 408, en forçant peut-être, il est vrai, le sens des mots « détournement » et « dissipation », cette dernière opinion serait soutenable ; elle le serait en tout cas théoriquement.

Dans l'abus de confiance, l'objet du délit n'est pas matériellement soustrait comme dans le vol ; il ne vient pas en la possession du délinquant *invito domino*. Au contraire, c'est volontairement — sauf le cas particulier de dépôt nécessaire — que la victime a remis cet objet à l'agent ou lui a donné pouvoir de le prendre. Mais le dépositaire, le mandataire, le locataire d'objets mobiliers, celui qui a reçu des choses en vue d'un travail salarié, tous sont tenus de l'obligation de conserver, de ne pas mésuser et de restituer. Cette obligation est née d'une convention expresse ou tacite entre l'agent et la victime. Son inexécution peut évidemment donner lieu à une action en dommages-intérêts ; c'est l'application simple de l'article 1142 du Code civil. Mais la loi pénale ne doit-elle pas également intervenir pour réprimer l'inexécution de ces contrats de dépôt, de mandat, etc..., qui impliquent tous un élément particulier de confiance et dont la violation constitue un danger social ? Et précisément, notre article 408 ne peut-il pas être considéré comme ayant cet objet ?

Certes, toute violation d'un pacte de confiance constitue un acte immoral et dont l'immoralité impressionne particulièrement ; mais la loi pénale ne doit intervenir ici que si cet acte immoral a pour conséquence un dommage positif et grave causé au patrimoine. On peut seulement retenir dans cet ordre d'idées que les contrats de confiance doivent être

strictement interprétés, lorsqu'il s'agit de déterminer les droits du fiduciaire sur la chose; et ce point de vue peut avoir son intérêt dans l'application de l'article 408. Mais au surplus nous pensons que l'article 408 est la sanction non pas de l'inexécution des obligations dans certains contrats, mais bien de l'atteinte portée par un détenteur précaire aux droits de possession d'une personne à l'égard d'une chose.

« La loi, dit M. Garçon dans son Code Pénal annoté (art. 408, n° 10), punit dans l'abus de confiance, comme dans le vol, une atteinte à la propriété d'autrui... On dit ordinairement que l'abus de confiance consiste dans la violation des contrats visés par l'article 408. Cette formule est inexacte en droit et peut conduire à des erreurs pratiques. En principe, l'inexécution même dolosive d'un contrat de dépôt ou de mandat n'est pas plus sanctionnée pénalement que celle des autres contrats. On peut seulement remarquer que, la restitution de la chose étant la principale obligation du débiteur fiduciaire, l'inexécution de cette obligation spéciale, conséquence de l'atteinte à la propriété d'un créancier, se trouve indirectement sanctionnée par l'article 408. » Nous nous rallions entièrement à ces idées.

Mais quel est l'intérêt de la discussion ? Théoriquement, nous n'en voyons aucun. Dans tous les cas d'appropriation intentionnelle, de consommation, d'a-

liénation, de destruction de la chose, l'abus de possession serait puni aussi bien à titre de sanction de la violation de la propriété qu'à titre de sanction de l'inexécution du contrat. Quel que soit le point de vue, la solution serait la même dans toute ces hypothèses.

Elle le serait également dans le cas où l'abus de possession n'aboutit pas à une dépossession définitive : tels que les cas d'usage illicite, de restitution tardive, de rétention de la chose. Ici, en effet, l'obligation de restituer la chose au terme convenu, ou l'obligation de n'en user que dans la limite du contrat se trouvent bien violées : il y a inexécution de ces obligations. Mais dira-t-on que par suite il y a abus de confiance punissable ou alors limiterait-on l'application de la loi pénale aux hypothèses d'inexécution grave — excluant ainsi le cas d'usage illicite de la chose, le cas de simple retard —, aux cas d'inexécution dans lesquels se trouve réalisée ou voulue une dépossession définitive de la chose ? On serait ainsi amené à des conclusions identiques à celles que nous adopterons au cours de notre étude sur la base d'une autre conception. Et dès lors, dire que la loi pénale punit l'inexécution des obligations dans certains contrats, en tant que cette inexécution est la conséquence d'une atteinte grave aux droits du possesseur, ou dire que la loi réprime cette même atteinte lorsque l'objet a été confié au titre de certains

contrats, cela deviendrait deux manières différentes d'exprimer une solution identique.

C'est qu'en réalité la seule question qui se pose est de savoir pour quels cas d'abus de possession la loi pénale a, entendu intervenir et quelles sont les atteintes aux droits du possesseur dont la gravité doit être considérée comme suffisante pour mériter l'application de la loi. Quel que soit le fondement que l'on donne à l'article 408 du Code Pénal, cette question demeure entière.

L'objet de la présente étude est précisément de rechercher quels sont les cas d'abus de possession punissables des peines de l'article 408.

Nous aurons à examiner d'abord, dans un titre préliminaire, s'il n'y a pas un critérium, ou tout au moins une idée générale directrice qui nous permette de résoudre la question. Puis, nous rechercherons quels sont pratiquement les cas de détournement punissable; nous diviserons notre travail en deux titres : 1^o les cas d'abus de possession non punissables; 2^o les cas d'abus de possession punissables.

TITRE PRÉLIMINAIRE

Recherche de l'idée générale du détournement

Le Droit Romain, essentiellement réaliste, donnait en somme à l'acte du dépositaire, du commodataire, du créancier gagiste, sinon son véritable caractère, du moins sa véritable sanction, en punissant le détournement par abus de confiance des peines du *furtum*.

Remarquons bien d'ailleurs que le mot *furtum*, dans sa compréhension définitive, est incomplètement traduit par le mot vol (au sens que nous y attachons dans le langage du droit moderne). Le *furtum* c'était le délit général contre la propriété, embrassant la soustraction frauduleuse et aussi des cas d'abus de confiance, même certains cas d'escroquerie. Une analyse plus rigoureuse devait évidemment arriver à différencier du type primitif de vol les autres infractions contre la propriété.

L'abus de confiance notamment est autre chose par les procédés que le vol ; autre est l'immoralité de l'agent ; par suite, autre doit être la peine. Mais il est bon de ne pas perdre de vue l'assimilation originaire

des deux infractions. L'abus de confiance, dans la théorie moderne, apparaît toujours comme une variété du vol *lato sensu*, comme un délit dérivé du vol par différenciation. Il en est de même de l'escroquerie. Ces deux infractions forment ce que l'on pourrait appeler les « délits complémentaires » du vol.

Certes la violation de propriété ne se commet pas de la même manière pour les trois infractions ; et c'est là une raison essentielle de les distinguer. La soustraction frauduleuse, l'obtention de deniers par tromperie, l'appropriation déloyale de choses confiées, tout en réalisant le même but qui est l'enrichissement injuste du délinquant, mettent en œuvre des procédés différents, lesquels traduisent une immoralité différente. Elles méritent par suite d'être distinguées à la fois pour la construction théorique de l'infraction et pour l'établissement de la pénalité.

« Celui qui vole la chose d'autrui, dit M. Planiol (1), a besoin de s'en emparer parce qu'il ne l'a pas entre les mains. Le vol est ainsi, par essence, une soustraction. Mais il y a des gens qui pour s'approprier la chose d'autrui n'ont pas besoin de la soustraire, soit parce que cette chose leur est remise volontairement par l'effet d'une tromperie : c'est l'escroquerie ; soit parce qu'ils la détiennent régulièrement à l'avance : c'est l'abus de confiance. »

1. Planiol, *Revue critique*, 1893.

Ensomme, le vol, l'escroquerie, l'abus de confiance sont trois rameaux qui se sont distingués sur la souche commune du *furtum* romain. Ce qui constituait le *furtum*, c'était la *contrectatio rei alienæ* ; aujourd'hui, — si l'on transporte dans notre droit actuel la terminologie du droit romain, — la *contrectatio* se présente sous la forme d'une soustraction brutale dans le vol, sous la forme d'une obtention frauduleuse dans l'escroquerie, sous celle d'un détournement dans l'abus de confiance. Mais dans le vol et l'escroquerie, l'appropriation se réalise par un acte matériel de dépossession mettant directement et seuls en cause la victime et l'agent ; l'infraction est consommée lorsque l'objet est passé de la possession de l'un en la possession de l'autre. Dans l'abus de confiance il faut bien également une dépossession de la victime ; mais ici l'objet de l'infraction se trouve avoir été placé entre les mains de l'agent par l'effet de la volonté de la victime elle-même. Le délit résulte soit d'un acte de disposition accompli ultérieurement sur l'objet confié et mettant en cause le délinquant et un tiers, soit d'un acte d'appropriation ou de consommation.

Aussi la notion du détournement paraît-elle plus difficile à préciser que la notion de la soustraction dans le vol. La théorie de la soustraction frauduleuse semble avoir été suffisamment mise en lumière ; peut-être n'en est-il pas de même de la théorie du détournement dans l'abus de confiance.

« Quiconque, dit l'article 408 du Code Pénal, aura détourné ou dissipé, au préjudice des propriétaires, possesseurs ou détenteurs, des effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge, qui ne lui auraient été remis qu'à titre de louage, de dépôt, de mandat, de nantissement, de prêt à usage, ou pour un travail salarié ou non salarié, à la charge de les rendre ou représenter, ou d'en faire un usage ou emploi déterminé, sera puni des peines portées en l'article 406. »

Que signifient les mots « détourné » et « dissipé » dont se sert le texte ? Et d'abord sont-ils synonymes ? Quand y a-t-il détournement ou dissipation ? Quels actes réalisent le délit et à quel moment est-il constitué et consommé ?

N'y a-t-il pas, sinon un critérium, du moins quelque idée générale directrice qui permette de résoudre ces questions ?

Celui auquel une chose a été confiée à l'un des titres énumérés par l'article 408 du Code pénal reçoit et détient cette chose non à titre de possesseur, mais à titre de détenteur précaire. « La détention, dit M. Planiol (1), consiste à posséder une chose pour le compte d'autrui. Le détenteur ressemble à un possesseur, parce que la chose est matériellement à sa

1. Planiol. *Traité de Droit Civil*, t. I, p. 346,

disposition ; mais l'intention de posséder pour son compte lui manque : il a le *corpus*, il n'a pas l'*animus*. »

La chose d'autrui n'a pas été remise au mandataire, au dépositaire, au commodataire, pour qu'il puisse la garder indéfiniment, la traiter comme sienne, en user, la détruire, en disposer. Ce détenteur a au contraire contracté à l'égard du *tradens* une obligation de restituer, sanctionnée déjà par le droit civil. Mais dans quels cas la violation de cette obligation intéresse-t-elle le Droit pénal ? L'article 408 du Code pénal a-t-il pour objet de sanctionner tout abus de possession et a-t-il en vue de protéger en toute hypothèse le possesseur contre le détenteur ?

Il nous paraît nécessaire de faire intervenir la théorie de la possession dans l'interprétation de l'article 408 du Code pénal. « Il faut, pour expliquer l'article 408, dit M. Garçon, recourir aux règles du droit civil et à la théorie de la possession. Nous avons montré en étudiant le vol que la définition de la soustraction ne peut être trouvée que dans cette théorie. Le droit moderne, en spécialisant le vol et en en détachant l'escroquerie et l'abus de confiance, a précisé le sens du mot soustraction qui n'est plus la *contrectatio* du droit romain. Dans sa conception actuelle la soustraction est l'usurpation de la possession civile d'un meuble. Cette même théorie permet seule encore de saisir le sens exact des expressions détournement

et dissipation. Le possesseur précaire, qui a reçu la chose en exécution de l'un des contrats énumérés par l'article 408, ne peut pas voler cette chose puisque, la possession lui ayant été transmise, il ne peut l'usurper. Mais il peut l'intervertir, c'est-à-dire transformer cette possession précaire en une possession *animo domini*. »

Mais ce n'est pas la possession en soi que protège et sanctionne l'article 408 du Code pénal. La théorie de la possession n'intervient ici que pour guider l'interprète dans l'application du texte pénal ; elle éclaire le sens du mot détournement ; mais il ne faudrait évidemment pas penser que toute violation ou abus de la possession de la part des détenteurs précaires spécialement visés par l'article 408 rende applicables les peines de l'abus de confiance. L'abus de confiance, doit être entendu d'une manière plus étroite ; la conception en est d'autre part plus réaliste. Ce que la loi pénale a en vue, dans l'article 408 comme dans l'article 379, c'est de réprimer certaines atteintes à la propriété, mais des atteintes graves réalisées par une dépossession ou y tendant.

La soustraction frauduleuse consiste dans une prise de possession par déplacement matériel, réalisée à l'insu ou contre le gré du possesseur légitime : c'est l'usurpation de la possession dans ses deux éléments : le *corpus* et l'*animus*. Dans l'abus de confiance au contraire, le déplacement matériel de l'objet s'est

opéré par la volonté du possesseur ; le détenteur précaire a donc un *corpus* légitime. Mais il n'a pas et ne peut avoir l'*animus domini* ; il possède et possèdera toujours pour autrui. Toutefois, il peut arriver qu'il se comporte, en fait, comme s'il était possesseur véritable, qu'il s'approprie, consomme, aliène ; qu'en fait, de détenteur, il devienne comme un possesseur ayant un *animus domini* efficace ; qu'il devienne enfin comme s'il y avait eu interversion du titre de la possession. Remarquons bien qu'en droit il n'y a pas là une interversion susceptible de transformer le détenteur précaire en possesseur véritable : « Cette transformation ne peut résulter en effet d'un simple changement de volonté de la part de ce détenteur ; s'il s'avise un jour de vouloir posséder pour son compte, il acquiert inutilement l'*animus domini* : possesseur précaire il est, possesseur précaire il reste tant qu'il continue à détenir la chose en vertu de son titre primitif (1). » Mais précisément le détenteur qui abuse de sa possession agit comme s'il était devenu possesseur véritable. Et c'est cette transformation de fait, cette interversion frauduleuse que réprime l'article 408 du Code pénal. « Les expressions dissipation et détournement, dit M. Garçon (2), se trouvent ainsi juridiquement définies. La loi désigne par là l'acte

1. Planiol. *Traité de Droit civil*, t. I, p. 348, 2^e édit.

2. Garçon, *loc. cit.*

matériel par lequel le détenteur précaire manifeste sa volonté d'intervertir cette possession et de posséder *animo domini*. » La théorie du détournement est ainsi, en effet, singulièrement éclairée : en principe, on dira qu'il y a détournement punissable toutes les fois que l'on se trouvera en présence d'un acte précis d'interversion de possession.

L'objet de la présente étude est précisément de rechercher, parmi les abus de possession dont peut se rendre responsable un détenteur précaire, quels sont ceux qui constituent une intervention et dans quelles conditions ils rentrent sous l'application de l'article 408 du Code pénal. Tous les abus de possession ne sont pas punissables ; pour qu'il y ait détournement il faut, nous le montrerons, un acte réalisant ou tendant à réaliser une dépossession. Nous examinerons donc tout d'abord le cas de simple abus de possession, puis ensuite le cas de dépossession.

TITRE PREMIER

DES ABUS DE POSSESSION NON PUNISSABLES

CHAPITRE PREMIER

De l'usage illicite de la chose confiée

Celui qui use de la chose confiée contrairement à la convention expresse ou tacite commet-il un abus de confiance ? Le droit romain connaissait le *furtum usus*, l'abus de confiance par usage illicite de la chose. Cette règle doit-elle être considérée comme subsistant dans notre droit actuel ? Incontestablement, il faut répondre par la négative (1).

L'abus de possession par usage illicite de la chose confiée pourrait en fait se réaliser, se présenter sous trois aspects : 1° l'usage proprement dit, contraire-

1. Sic Garçon. *Code Pénal annoté*, article 408, n° 43 ; Garraud, t. V, p. 510 ; Dalloz. *Rép.*, v° *Abus de confiance*, n° 88 ; Chauveau et Hélie, 6^e édit, t. V, n° 1893 et 2285.

ment à la convention, au profit du détenteur précaire lui-même ; 2° la cession faite à un tiers par ce détenteur de la jouissance de la chose à titre de louage, don, etc..., ; 3° l'usage par ce détenteur au delà du terme convenu. Ce dernier cas nous amènera à examiner plus généralement l'hypothèse du retard dans la restitution de la chose.

§ 1

Le détenteur précaire doit comme tout débiteur s'en tenir à la convention. Si cette convention contient implicitement ou explicitement l'interdiction d'user de la chose remise, il est certain que le débiteur qui y contrevient sur ce point est passible de dommages-intérêts. Mais cela est bien une sanction suffisante. Par hypothèse, il s'agit réellement d'un acte d'usage, d'un acte ne pouvant détériorer, consommer, même partiellement, l'objet. Par suite les droits du possesseur ne se trouvent pas lésés : celui-ci est censé retrouver l'objet dans un état analogue à celui où il était au moment de la remise au détenteur. Il paraîtrait exorbitant dans ces conditions de déclarer applicables les peines de l'article 408 du Code pénal. Ce serait mettre sur le même pied deux faits absolument distincts au point de vue des conséquences et différents dans leur immoralité : l'usage de la chose et son aliénation. L'interprète ne peut ni ne doit prêter

une telle pensée au législateur moderne si soucieux de distinguer les délits selon leur moralité et leurs conséquences.

Certes le droit romain punissait bien l'usage illicite de la chose confiée, le *furtum usus*. Mais, nous l'avons dit, le *furtum* était un délit très complexe, aux contours imprécis, dans lequel on faisait rentrer toutes les atteintes à la propriété estimées punissables. De ce que nous nous en tenons à la tradition romaine du *furtum*, il n'en résulte pas que nous devions admettre tous les cas d'application de ce délit qui étaient reconnus alors. Remarquons bien en effet qu'en distinguant le vol, l'escroquerie, l'abus de confiance, en donnant à chacune de ces infractions un cadre et des limites particulières, le droit moderne a précisé et limité tout ce que comportait d'indéfini la notion du *furtum* et a pu élaguer certains cas d'application de ce délit.

Nous ne connaissons aucun arrêt qui résolve d'une manière précise la question, sans doute parce que l'hypothèse est peu pratique, mais aussi parce que la solution est unanimement admise (1). Du reste cette so-

1. Les quelques arrêts que l'on cite parfois concernent, en réalité, le cas d'usage au delà du terme convenu. Telle est notamment la jurisprudence que nous allons noter plus loin, concernant le cas de retard dans l'exécution. L'hypothèse est d'ailleurs bien la même dans le cas d'usage contraire à la convention et dans le cas d'usage au delà du terme convenu ; c'est toujours l'abus de possession par usage illicite.

lution se dégage certainement de l'ensemble de la jurisprudence en matière d'abus de confiance.

Mais bien entendu il faut qu'il s'agisse d'un acte d'usage proprement dit, car si la chose se trouve en réalité consommée par cet usage, s'il y a en somme appropriation, l'article 408 deviendra applicable ; ce prétendu usage sera dans ce cas une véritable « dissipation » de la chose. Notamment en matière de propriété littéraire ou artistique, il serait facile de trouver des exemples de prétendu usage qui soient au fond des cas de véritable appropriation. Nous pouvons à cet égard indiquer un arrêt de la Cour de cassation du 30 décembre 1834 (1). Dans l'espèce de l'arrêt, une personne avait confié à un imprimeur une planche gravée et un cliché, sous la convention formelle qu'il n'en tirerait d'exemplaires ou d'épreuves que sur l'invitation expresse du déposant. Or le dépositaire tira de la planche et du cliché des épreuves dont il disposa en faveur de tierces personnes : « Attendu, dit l'arrêt, que non seulement la planche et le cliché en question, mais encore les produits imprimés ou gravés appartenaient à S... (le déposant) sans qu'il fût possible de divertir la planche et le cliché (qui devaient rester intacts entre ses mains) à un emploi ou usage quelconque... » En réalité, il y avait dans l'hypothèse de l'arrêt un acte d'appropriation et non un

1. S. 34.1.344.

simple acte d'usage ; il y avait atteint au droit de propriété d'autrui, mais à un droit de propriété particulier : celui que la loi accorde sur son œuvre à l'auteur ou à l'artiste. Nous retrouverons, d'ailleurs, plus loin la question du détournement en matière de propriété littéraire ou artistique.

Ajoutons encore que la consommation de fruits, qu'il s'agisse de fruits naturels ou de fruits civils, ne constitue pas seulement un acte d'usage illicite, mais bien un acte d'appropriation. L'article 408 est donc applicable.

§ 2

L'usage illicite de la chose confiée n'est donc sanctionné que par le droit civil : l'article 408 n'a pas à intervenir. Et cela est aussi vrai lorsque le détenteur cède à autrui, à titre gratuit ou même à titre onéreux, l'usage de cette chose, que s'il en use personnellement. Le prêt à usage, la location de la chose confiée n'entraînent pas application de l'article 408 du Code pénal. Certes il y a toujours délit civil et des dommages-intérêts pourront être réclamés ; mais il n'y a dans aucune de ces deux hypothèses dépossession définitive du véritable propriétaire. Celui-ci peut retrouver sa chose entre les mains de l'emprunteur ou du locataire qui ne sont eux-mêmes que détenteurs précaires et n'ont pas l'*animus domini*. Il n'y a

donc dans l'acte du détenteur originaire qu'un fait de disposition de l'usage et non un transfert de possession. Cet acte n'est pas assez grave pour mériter l'intervention de la loi pénale.

Nous donnerions encore la même solution, même si l'emprunteur ou le locataire de la chose confiée détournait cette chose ; à la condition bien entendu que le détenteur originaire ne pût être considéré comme un complice.

La jurisprudence n'a eu qu'une fois à statuer à cet égard, dans l'hypothèse suivante : une tenancière d'un kiosque de journaux louait à diverses personnes les journaux qui lui étaient remis pour être vendus. Le Tribunal de la Seine décida que l'article 408 n'était pas applicable à l'espèce. Toutefois la décision se base sur ce que « le contrat intervenu entre la tenancière et l'administration du journal n'est ni un mandat, ni un dépôt, mais une vente à condition, non prévue par l'article 408(1) ». « Mais, dit M. Garçon, dans son *Code pénal annoté*, en admettant même que cette femme possédât en vertu d'un des contrats de l'article 408, il n'y aurait pas eu détournement. En louant les journaux, elle abusait de la possession, elle ne l'intervertissait pas. » C'est-à-dire qu'elle outrepassait ses droits de détenteur précaire, mais elle ne s'appropriait pas, ni ne transmettait la chose à titre définitif ; elle ne réalisait pas une dépossession.

1, *Gazette des Tribunaux* du 17 février 1898, Garçon, *loc. cit.*, n° 54.

§ 3

L'abus de possession par usage illicite de la chose confiée se présente généralement sous la forme d'usage prolongé de la chose. Une chose fongible a été remise par exemple à titre de louage ou à titre de dépôt pour un temps déterminé. Le locataire, le dépositaire conservent la chose au delà du terme et en usent. Ils la gardent ainsi indéfiniment, soit que le possesseur véritable tarde à la réclamer, soit que ce dernier ne puisse retrouver le détenteur. Dans ce cas peut-il y avoir abus de confiance ?

Certes, il faut bien remarquer que si le détenteur s'est enfui, s'est caché, a pris des précautions toutes particulières pour que le possesseur perde sa trace, il pourra y avoir détournement. C'est là une question de fait ; et il appartient au juge du fait de se livrer à cet égard à une interprétation souveraine des circonstances, de rechercher si vraiment il n'y a pas eu appropriation de la chose. Il nous semble certain que si, par exemple, le détenteur s'est enfui avec la chose et qu'à cet égard, il n'y ait aucun doute sur son intention, les peines de l'abus de confiance seront applicables : « Considérant, dit un arrêt de la Cour de Besançon (1), que le retard apporté à l'exécution de

1. D. 91.2.336.

l'obligation [de restituer] et la rétention plus ou moins prolongée des objets remis... ne suffisent pas pour faire déclarer applicables les peines de l'abus de confiance ; qu'il faut en outre qu'il soit établi que cette rétention a eu pour mobile une intention frauduleuse et pour but de priver le mandant de tout ou partie de l'objet confié. » Cela est exact, nous le verrons, mais à la condition d'ajouter qu'il faut un fait précis, non équivoque, réalisant de manière non douteuse l'intention frauduleuse.

Il ne suffirait pas, en effet, que le détenteur ait eu seulement l'intention de conserver la chose, qu'il eût même manifesté cette intention soit expressément, soit tacitement en tentant de la vendre, car d'une part la loi pénale ne punit pas en principe l'intention criminelle même exprimée, et, d'autre part, l'article 408 ne punit pas la tentative.

C'est ce que déclare très bien un arrêt de la Cour de cassation(1) : « Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que Bret, ayant loué une carriole pour trois quarts d'heure, l'a gardée plusieurs jours et ne l'a restituée que sur l'intervention des agents de police, mais avant toute poursuite ; que, dans l'intervalle, Bret avait proposé en vente ladite carriole, mais que cette proposition n'avait pas eu de suite ; — Attendu que l'arrêt attaqué, pour acquitter le prévenu se fonde sur

1. D. 98.1.315.

ce que la prolongation de jouissance au delà du terme convenu n'est pas par elle-même un délit, et sur ce que la volonté non réalisée de s'approprier la chose louée ne constitue pas le détournement ou la dissipation prévus par l'article 408 du Code pénal ; que ces motifs ne présentent aucune violation de la loi ; et qu'il appartenait à la Cour d'appel de constater souverainement, en fait, si le prévenu s'était approprié la chose louée (1). »

1. Jurisprudence constante. Voir Dalloz. *Répertoire sup.*, v° *Abus de confiance*, n° 19. *Sic.* D. 70.1.141 : « Attendu que l'arrêt attaqué rendu par la Cour de Poitiers déclare que le prévenu n'a jamais détourné ni eu l'intention de détourner les deux chevaux qu'il avait successivement loués ; que s'il les a gardés au delà du délai convenu, cette prolongation de jouissance ne peut équivaloir à un fait de détournement ; que dans ces circonstances l'arrêt en acquittant le prévenu n'a fait qu'une saine application de l'article 408... »

Adde, arrêt de Besançon du 26 mars 1890 précité (D. 91.2.336) : « Attendu que le retard apporté à l'exécution de l'obligation et la rétention plus ou moins prolongée des objets remis à un mandataire ne suffisent pas pour faire déclarer ce mandataire coupable d'abus de confiance... »

Voir encore D. 67.1.188. La simple déclaration d'un retard apporté au paiement (même si un terme avait été nettement convenu) ne motive pas suffisamment une condamnation, alors qu'il n'est pas indiqué dans la décision attaquée qu'une mise en demeure soit intervenue.

On semble avoir indiqué comme étant en sens contraire un arrêt de la Cour de cassation de 1834 (S. 34.1.344). Mais nous verrons qu'il s'agit ici non d'usage, mais d'appropriation. L'objet confié est une planche de gravure ; en tirant du cliché des exemplaires de cette gravure et en les vendant, le dépositaire fait autre chose qu'un acte d'usage.

Il faut donc autre chose qu'une simple intention même manifestée, autre chose qu'une tentative d'aliénation. Il faut que l'intention frauduleuse se manifeste par des faits précis la rendant en quelque sorte réelle et irrévocable.

Nous examinerons plus loin quels sont ces faits, ces actes précis qui réalisent le détournement. Pour le moment nous n'avons qu'à conclure : que le retard apporté à restituer ne rentre pas sous l'application de l'article 408. Cela est exact aussi bien si l'objet confié est une chose non fongible que s'il est une chose fongible. Mais il faut dès maintenant ajouter que le retard dans l'exécution peut devenir punissable lorsque le détenteur mis en demeure de restituer continue à garder la chose. Nous verrons à la fin de notre étude le rôle que joue à cet égard la mise en demeure et pourquoi pratiquement elle marque le terme au delà duquel commence le retard punissable. Mais pour l'instant, cela nous amène déjà à rapprocher de l'hypothèse du retard dans la restitution de la chose confiée, le cas de refus de restituer opposé au possesseur par le détenteur précaire.

CHAPITRE II

Du refus de restituer ou de la rétention volontaire

Le refus de restituer peut être fondé en droit : c'est le cas de détention légitime à titre de rétention. Un détenteur, en effet, peut, dans certains cas, retenir la chose qui lui a été confiée, lorsqu'il est créancier du tradens et qu'il y a corrélation entre la chose retenue et la créance réclamée : ce qu'on appelle le *debitum cum re juctum* (1). Ce droit existe notamment, en vertu d'un texte précis, en ce qui concerne le dépositaire (article 1948 du Code civil). Il existe également d'après la jurisprudence pour le mandataire (2).

Il ne saurait donc être question d'abus de confiance dans le cas où le détenteur précaire retient légitimement la chose dans la limite de son droit. « Si la ré-

1. Planiol, 2^e vol., p. 762. Nous ne faisons état que de la jurisprudence ; car la doctrine n'est pas fixée sur le point de savoir sous quelles conditions le droit de rétention peut être exercé. Mais les tribunaux l'admettent très largement et se contentent du *debitum cum re juctum*.

2. Cass., 10 août 1870 (D. 71. 1. 40).

tention partielle (ou totale naturellement) de la chose, dit l'annotateur du *Dalloz*, avait un motif légitime, par exemple si le mandataire retenait une part des sommes à lui remises, pour se rembourser de ses avances ou s'indemniser de ses peines, cette retenue, fût-elle exagérée, ne donnerait pas ouverture à des poursuites correctionnelles ; il y aurait lieu seulement d'en apprécier la légalité ou d'en faire régler le montant par la juridiction civile. » (*Dalloz. Rép.*, v° *Abus de confiance*, n° 87.)

La rétention est dans ce cas, en effet, légitime ou tout au moins excusable ; il ne saurait être question d'appliquer l'article 408. Mais bien entendu, si une décision de justice venait trancher le différend et fixer le montant de la dette, le détenteur ne pourrait plus différer la restitution contre juste remboursement, car alors la rétention continuée deviendrait punissable. C'est là, d'ailleurs, une règle générale pour tous les cas de retard ou rétention illégitimes : toute décision de justice définitive et exécutoire constitue le détenteur en demeure de restituer ; par suite, toute prolongation de la rétention, tout retard tombe sous l'application de l'article 408. Ajoutons, d'ailleurs, que l'exercice de poursuites, dans le cas d'exception de compte invoquée par le détenteur, n'est nullement subordonnée à l'existence d'une décision de justice. Les Parquets peuvent engager l'action publique et les magistrats instructeurs renvoyer devant le tribunal cor-

rectionnel, si l'exception invoquée ne leur paraît pas sérieuse.

D'une manière générale, toute rétention injustifiée, après mise en demeure, doit être considérée comme constituant un détournement punissable. Nous montrerons à la fin de notre travail le rôle de la mise en demeure dans la théorie du détournement. Nous verrons que c'est par une nécessité pratique, indiscutable que l'on a été amené à la considérer comme faisant le départ entre le retard ou la rétention excusables et le retard ou la rétention punissables. Remarquons seulement ici combien il serait difficile de faire en soi de la rétention même indéfinie un cas d'appropriation. Il n'y aurait pas de difficulté certes si nous partions de cette conception que l'abus de confiance est la sanction de l'inexécution des contrats : nous sommes en présence, en effet, d'une inexécution tendant à priver le possesseur indéfiniment de sa chose et il y a, d'autre part, une atteinte grave portée aux droits du possesseur. Par conséquent, de ce point de vue il n'y aurait pas de doute que la rétention indéfinie constitue le détournement. C'est le seul intérêt précisément que nous aurions pu voir, à adopter cette conception. Mais cet intérêt est, d'ailleurs, purement apparent, puisqu'en fin de compte, nous admettrons la même solution.

Mais si nous nous en référons à notre principe que le détournement consiste en une interversion frau-

duleuse, nous voyons que, dans le cas de rétention, le détenteur précaire n'intervertit pas sa possession. En effet, le détenteur ne convoite alors nullement l'objet confié; sinon, on se trouverait dans l'hypothèse de détournement par appropriation intentionnelle. Il cherche, en réalité, à tirer profit de sa situation en exerçant une contrainte morale sur le possesseur. De ce point de vue la rétention se rapprocherait du chantage ou de l'extorsion de fonds, mais ne rentrerait cependant pas juridiquement dans la sphère d'application de ces délits.

En résumé la rétention injustifiée est punissable s'il y a eu mise en demeure. Mais il faut ajouter qu'en fait, si le détenteur est réellement créancier du possesseur et que le quantum de la dette ne soit pas discuté, il sera difficile d'exercer des poursuites contre le détenteur qui même illégitimement garde à titre de garantie la somme déposée; l'esprit de fraude existe bien alors théoriquement, mais pratiquement la résistance de ce détenteur est de nature à paraître excusable et les Parquets hésitent parfois à poursuivre (1).

1. Voir cependant, des poursuites exercées dans des hypothèses où le débiteur invoquait une compensation (dans des cas où la loi civile ne l'admet pas). Cass., 23 août 1877. B. 200; Cass., 11 mars 1882. B. 71; Cass., 18 mai 1906. B. 213; D. 55.1.267. Comp. *Pand.* 1906.1.307.

TITRE II

DES ABUS DE POSSESSION RÉALISANT UNE INTERVERSION

Nous avons examiné des hypothèses d'abus de possession qui, sauf le cas de rétention injustifiée, ne constituent pas une interversion, et, par suite, ne sont pas punissables. Nous allons maintenant entrer dans le domaine d'application de l'article 408.

L'intervention frauduleuse peut résulter : 1° soit d'un acte précis d'appropriation intentionnelle ; 2° soit d'un acte de consommation ou de disposition. Nous examinerons successivement ces deux hypothèses.

CHAPITRE PREMIER

Du détournement par appropriation intentionnelle

Nous avons vu que le simple refus de restituer ou le retard dans la restitution ne constituaient pas en soi, et sous réserve des effets de la mise en demeure, le détournement punissable. Nous avons vu également que l'intention de s'approprier, même prouvée ou avouée, ne réalisait pas le délit. Mais nous avons dit que si l'intention se manifestait dans des faits précis marquant la volonté du détenteur de ne jamais restituer, l'article 408 devenait applicable. C'est maintenant le lieu de préciser ces hypothèses de détournement.

L'atteinte aux droits du possesseur se réalise dans ces hypothèses par une pure interversion : le détenteur a la volonté de s'approprier les choses confiées, il cesse dans sa pensée de posséder pour autrui ; il s'arroge frauduleusement *l'animus domini*. Ce changement de volonté n'est pas, en soi, punissable, nous l'avons vu ; il faut des faits précis qui manifestent

l'intention du détenteur, l'article 408 n'intervient qu'à cette condition.

Quels sont donc ces faits d'appropriation ? Il n'est pas possible de les énumérer : c'est au juge du fond qu'il appartient de décider souverainement si tel acte, telle manœuvre du détenteur sont assez déterminants pour caractériser la volonté de ne jamais restituer. D'une manière générale, on peut dire seulement que le refus de rembourser, le défaut de restitution au terme convenu, ou le versement d'une partie de la somme due, lorsqu'ils sont appuyés soit sur des manœuvres, soit même sur de simples mensonges, réalisent, en principe, le détournement : « Certains mensonges, dit M. Garçon, des tromperies, des manœuvres du mandataire pourront prouver un abus de confiance, parce qu'ils établissent à la fois le détournement (c'est-à-dire l'appropriation), l'esprit de fraude et le préjudice. Ainsi notamment, si le mandataire a dissimulé les recouvrements qu'il a faits pour le compte du mandant, s'il a omis de constater des recettes dans les livres de commerce, ou falsifié des écritures pour les dissimuler, s'il a fourni des comptes frauduleux, s'il a nié de mauvaise foi avoir reçu des sommes ou acomptes, s'il a opposé aux réclamations de son commettant des obstacles supposés et des prétextes mensongers, s'il a formé un concert frauduleux avec des tiers, soit pour frauder des comptes, soit pour justifier en apparence son retard ou son refus

de rendre. Ces fraudes peuvent, en effet, à elles seules démontrer le détournement intentionnel (1). »

Nous pourrions trouver dans la jurisprudence de nombreux exemples de détournements de cette nature. Bornons-nous à indiquer quelques espèces (2).

Les peines de l'abus de confiance ont été appliquées à un individu qui, ne pouvant ou ne voulant satisfaire à son obligation de restituer, a la mauvaise foi de provoquer une tierce personne à former une saisie-arrêt de complaisance entre ses mains dans le but de paralyser l'action de son mandant ou déposant (3).

Ainsi encore, dans le même ordre d'idées, a été jugé passible des peines de l'article 408 le débiteur qui fait intervenir un tiers opposant, lequel se prétend propriétaire de billets en paiement desquels les sommes d'argent ont été reçues (4). Cette espèce et la précédente nous rapprochent du cas de banqueroute frauduleuse, qui consiste dans le fait par le commerçant de se reconnaître frauduleusement débiteur de sommes qu'il ne doit pas en réalité.

Sont également applicables les peines de l'abus de

1. Garçon, *loc. cit.*, n° 91.

2. Aux arrêts que nous allons citer, nous pourrions ajouter par exemple : S. 41.1.365 ; D. 58.5.3. D. 58.5.5. ; D. 65.5.7 ; D. 66.1.362 ; Cass., 3 août 1893 ; Boiron, B. 219, S. 79.2.39 ; S. 79.2.121 ; S. 87.1.87.

3. D. 54.5.6.

4. D. 66.1.416.

confiance au tuteur qui, après s'être abstenu de faire nommer le subrogé-tuteur, a nié plus tard sous serment, sur l'action en partage intentée au nom de l'un des pupilles, l'existence de certaines valeurs trouvées dans la succession en cause (1).

De même, enfin, commet un détournement punissable l'employé de chemin de fer qui, après avoir perçu d'un voyageur une certaine somme d'argent, a affirmé à un inspecteur que le compartiment était occupé par un employé de la compagnie (voyageant gratuitement) et, en arrivant à destination, n'a remis qu'une partie de la somme en question (2).

Le cas le plus précis, le cas classique de détournement par appropriation intentionnelle, le cas qui nous rapproche le plus de la notion de soustraction frauduleuse est celui du dépositaire ou mandataire qui prend la fuite en emportant les fonds ou objets qui lui ont été confiés.

Dans toutes les hypothèses que nous venons d'indiquer, on se trouve en présence d'un acte précis manifestant l'intention du débiteur de ne jamais restituer. L'interversion de la possession s'est réalisée, matérialisée en quelque sorte, dans les faits ; le détenteur a marqué d'une manière positive son intention de s'approprier définitivement la chose confiée. Nous disons qu'il y a détournement punissable.

1. D. 56.1.356.

2. D. 94 2.277.

Ainsi le détournement peut être réalisé en dehors de toute aliénation et même de toute consommation. L'hypothèse de la consommation est distincte, en effet, théoriquement du cas d'appropriation intentionnelle. Évidemment les manœuvres ou tromperies peuvent intervenir simplement pour masquer la consommation effectuée de l'objet confié : ce n'est plus qu'un moyen employé par le détenteur pour essayer de se soustraire à l'application de l'article 408. Mais aussi bien la consommation peut se présenter sans aucune manœuvre du détenteur, que l'appropriation intentionnelle peut se trouver réalisée sans consommation de la chose. Nous verrons que la jurisprudence affirme nettement que l'insolvabilité qui, remarquons-le bien, est pour la dette d'argent la forme de l'impossibilité de restituer, n'est nullement une condition d'application de l'article 408. La même solution doit être admise lorsque l'objet confié est un corps certain. Certaines décisions, comme notamment un arrêt de la Cour de Besançon, disent bien que « la qualification d'abus de confiance ne peut résulter que de faits mettant leur auteur dans l'impossibilité de remplir l'obligation de restituer (1) ». Mais c'est là une formule qu'il ne faudrait pas prendre à la lettre : la jurisprudence n'en a jamais fait application et il résulte au contraire de l'ensemble

1. D. 91.2.336.

des arrêts, notamment de ceux que nous venons de citer, que l'appropriation intentionnelle réalise le détournement punissable en dehors de toute impossibilité de restituer et par suite de toute consommation.

A ces arrêts nous pourrions encore ajouter ceux qui concernent la question du retard après mise en demeure. Il est évident que si, comme nous le montrerons, le retard indéfini peut en soi être qualifié de détournement, c'est que l'impossibilité de restituer n'est nullement une condition d'application de l'article 408.

CHAPITRE II

Du détournement réalisé par un acte de consommation ou de disposition

Nous arrivons maintenant aux cas de détournements réalisés par un acte de consommation ou de disposition. Ce sont les hypothèses dans lesquelles l'abus de confiance apparaît le plus nettement : nous sommes ici en présence d'actes d'intervention particulièrement graves puisqu'ils ont pour résultat de déposséder définitivement le *tradens*. Il est donc certain *a priori* que l'article 408 devrait leur être applicable. Mais sous quelles formes se présentent ces hypothèses de détournement, dans quelles conditions intervient l'article 408, quand peut-on dire qu'il y ait acte de disposition ou de consommation punissables ? C'est ce que nous devons maintenant essayer de préciser.

Pour faire cette étude, nous distinguerons selon que l'objet confié est une chose fongible ou une chose non fongible. Cette distinction présente pratiquement une importance qui ne semble pas avoir été suffi-

samment aperçue. Certains auteurs s'y réfèrent bien à propos du point de départ de la prescription en matière d'abus de confiance. Mais ils ne paraissent pas avoir vu tout l'intérêt qui s'y attache. Cependant, le détournement des choses fongibles ne se présente pas sous la même apparence que le détournement des choses non fongibles. Certes la théorie du détournement est *une*. Mais l'aspect du délit n'est pas le même dans et l'autre des deux cas ; les idées générales qui entrent en jeu pour la recherche des conditions de réalisation de l'abus de confiance ne sont pas davantage dans le même ordre. Et il y a ainsi un intérêt théorique à prendre cette distinction pour base de nos explications.

SECTION I

Du détournement des choses non fongibles réalisé par un acte de consommation ou de disposition

§ 1^{er}. — DE LA DESTRUCTION, DE L'ABANDON DE LA CHOSE

Le droit de propriété comporte la faculté d'user et la faculté de disposer, celle-ci pouvant aller jusqu'à la destruction de la chose ; il y a le *jus utendi* et le *jus abutendi*. Nous venons de poser en thèse que le fait par un détenteur précaire d'user illégitimement de la chose confiée, l'exercice illégitime par lui d'un des éléments de la propriété, le *jus utendi*,

ne comportait pas l'application de la loi pénale. D'autre part, nous arriverons bientôt aux faits précis de disposition par vente, donation, etc..., qui sont des faits certains de détournement ; nous avons maintenant à examiner le cas de destruction et d'abandon de la chose. Ces hypothèses sont peu pratiques, mais leur étude nous permettra de dégager certains principes importants de la théorie du détournement.

La destruction et l'abandon de la chose confiée constituent-ils l'abus de confiance ? Nous ne le croyons pas. Certes il y a bien là un acte de disposition mettant ou pouvant mettre le *tradens* dans l'impossibilité de recouvrer la possession de sa chose. Nous sommes en présence d'un acte de disposition auquel l'article 408 paraîtrait applicable *a priori*, l'intervention de possession étant certaine. On peut déjà cependant distinguer la destruction et l'abandon.

1° *Abandon*. — Le possesseur peut recouvrer ultérieurement la possession de la chose abandonnée ; dans ce cas il n'y aura pas de délit, nous semble-t-il d'abord parce que le préjudice fera généralement défaut, ensuite parce qu'il n'y aura pas eu dépossession définitive.

On pourrait voir une certaine analogie entre cette hypothèse dans laquelle la chose abandonnée rentre en la possession du *tradens* (1) et celle, que nous

1. Nous n'examinerons ici que l'hypothèse où le *tradens* rentre en possession de sa chose car s'il ne rentrait pas en possession, si la chose

examinerons plus loin, du remboursement, après mise en demeure ou poursuites, d'une somme d'argent dissipée par le détenteur précaire. Dans le second cas, il est vrai, la remise en possession est opérée par le délinquant ou par une tierce personne au nom de celui-ci, tandis que dans le premier la chose abandonnée sera remise entre les mains du *tradens* par une voie indirecte et étrangère. Et ce serait ici, en fait, une raison d'être plus sévère pour le détenteur infidèle.

En dehors de l'idée à laquelle nous nous attachons que dans le cas d'abandon de la chose il n'y a pas dépossession définitive, nous faisons intervenir une autre idée. Nous disons qu'il n'y a abus de confiance punissable que si le détenteur précaire a profité matériellement ou moralement, mais d'une manière positive de son infidélité.

Cette idée a été répudiée par le seul arrêt que nous connaissions sur la question (1) : « Attendu, dit cet

était perdue pour lui, nous rentrerions dans une autre hypothèse, que nous examinerons bientôt, de destruction de la chose confiée : le résultat serait le même en effet et la question du détournement se poserait dans les mêmes termes.

1. Arrêt de la Cour de Nancy (S. 1859.2.168). Les faits étaient les suivants : Un voiturier chargé de conduire, moyennant salaire, une certaine quantité de bois, l'abandonna et le cacha dans la forêt, « sinon, dit la Cour, pour se l'approprier et en faire son profit, du moins pour se dispenser de le conduire au lieu convenu ». La Cour n'a-t-elle pas

arrêt [de Nancy], que pour constituer le délit d'abus de confiance, l'article 408 du Code pénal n'exige pas que le détournement..., qu'il n'impose pas que ce détournement ait été opéré au profit de l'auteur de l'abus de confiance ; qu'à la vérité le droit romain l'exigeait pour le vol, mais que le Code pénal n'a pas adopté cette restriction ; qu'il suffit pour constituer le vol que la soustraction ait été frauduleuse, quel que soit le motif qui ait déterminé l'auteur de cette soustraction à frustrer le propriétaire de l'objet enlevé, qu'il en est de même de l'abus de confiance ; que, quel que soit le mobile ou le but du détournement, le fait matériel joint à l'intention frauduleuse est suffisant pour caractériser le délit. »

« Cette solution, dit sous cet arrêt l'annotateur du *Recueil de Dalloz*, est contraire aux principes à peu près universellement admis en matière d'abus de confiance. En effet tous les auteurs qui ont traité de cette matière enseignent que le détournement nécessaire pour constituer le délit d'abus de confiance, consiste dans le fait de s'approprier la chose confiée, d'en disposer comme de sa chose propre (Merlin, *Rép.*, v^o *Vol.* sect. 2, § 3. Chauveau et Hélie. *Théorie du C. pén.*, t. VII, p. 358 (1^{re} édition) et t. V, p. 366

été impressionnée par cette indétermination du but cherché par l'agent : celui-ci avait-il voulu cacher les bois pour les retrouver plus tard et en tirer profit, ou bien les abandonner pour se débarrasser ?

(3^e édition). Boitard. *Leçons sur le C. pén.*, n° 532. Morin. *Rép. du dr. crim.*, v° *Abus de confiance*, n° 10), et si les arrêts ne se sont pas formellement expliqués à cet égard, ils supposent du moins généralement cette interprétation (Voy. not. Cass., 5 nov. 1835. S. 35.1. 790). Nous la croyons aussi la seule exacte. L'idée d'appropriation de la chose nous semble inséparable de celle du détournement dans l'appréciation des éléments constitutifs du délit d'abus de confiance. Disposer de la chose confiée dans un but autre que d'en tirer profit, et par exemple l'enfouir, la perdre, la détruire même, pour se soustraire à l'embarras de la garder ou d'en faire l'usage assigné par le mandant, c'est sans doute commettre une fraude, mais ce n'est pas, selon nous, se rendre coupable du détournement que punit l'article 408 du Code pénal... »

L'arrêtiste prend le mot « appropriation » dans le sens de : consommer la chose pour soi, ou en disposer pour en tirer soi-même profit ou en faire profiter autrui ; et non dans le sens de disposer de la chose comme si on en était propriétaire. Dans ces conditions, la théorie soutenue dans la note en question nous paraît absolument fondée. Pour qu'il y ait abus de confiance, il faut que l'agent ait tiré ou entendu tirer profit de son acte de disposition. Il importe peu, d'ailleurs, qu'il profite lui-même ou fasse par libéralité profiter autrui de son infidélité.

On lit couramment, il est vrai, dans les arrêts, que

l'article 408 du Code Pénal n'exige pas que le détenteur ait eu l'intention de s'approprier l'objet à lui confié ou qu'il en ait tiré un profit personnel. Mais, ainsi que le fait observer M. Garçon, il ne faut pas s'arrêter à cette formule. L'article 408 n'exige pas que l'agent ait profité *personnellement* des choses détournées. « Il importerait donc peu, dit M. Garçon, que le détournement ait été commis dans l'intérêt d'un tiers. Si même on admet avec nous que la destruction de la chose constitue un détournement, le délit pourrait ne profiter à personne. » Nous croyons, au contraire, que l'une des conditions pour qu'il y ait détournement, c'est que l'abus de possession procure à quelqu'un un profit, un avantage positif; peu importe que ce soit au détenteur lui-même directement ou à un tiers qu'il gratifie.

C'est bien, semble-t-il, ce qui ressort de l'examen de la jurisprudence. Lorsque les arrêts décident qu'il « n'est pas nécessaire que le prévenu ait profité du détournement, mais qu'il suffit que ce détournement ait été commis au préjudice du propriétaire » (1), ils emploient là une formule commode et même peut-être nécessaire. Dans beaucoup de cas en effet, il est impossible de prouver que le détournement a profité

1. Cette formule est couramment employée par les arrêts. Voir notamment: Cass., 12 avril 1866. B. n° 103. Cass., 4 mai 1872. B. n° 106. Cass. 22 février 1900. B. n° 78. D. 59,5.6. Cf. les autres arrêts cités dans Garçon, *loc. cit.*, n° 160.

à quelqu'un : souvent même, il n'y aura encore aucun profit retiré par le délinquant au moment de la poursuite (1). Par exemple, lorsque le détenteur refuse de rendre, alléguant mensongèrement qu'il n'a rien reçu ou qu'il a déjà restitué, les éléments de l'abus de confiance se trouvent réunis et les peines de l'article 408 sont applicables. Et cependant, le détenteur peut n'avoir pas encore appliqué les sommes d'argent à ses besoins personnels. Mais il ne faut pas, croyons-nous, donner d'autre portée à la formule de la jurisprudence.

D'ailleurs en dehors de l'hypothèse de destruction de la chose par le détenteur, — et ce n'est pas cette hypothèse que concernent les arrêts précités, nous ne voyons pas bien comment il peut y avoir détournement sans qu'un profit ou avantage soit retiré ou plus exactement soit recherché par le délinquant pour lui-même ou pour autrui. Parfois, il est vrai, le profit recherché par le délinquant n'apparaît pas nettement, ou bien encore il ne s'agit pas d'un intérêt exclusivement personnel, mais, au contraire, d'un intérêt commun : l'article 408 peut, cependant, n'en être pas moins

1. Il est évident que la partie poursuivante, si elle doit établir le fait matériel du détournement, ne saurait être tenue de préciser l'emploi fait par le prévenu des sommes qu'il s'est abusivement appropriées. *Sic.*, Paris, 31 mars 1898 (Journal *Le Droit* et Journal *La Loi* du 29 novembre 1898) En ce sens, également : Cass., 15 mai 1897 (B. 168 et Pand. 99.7.2.)

applicable (1). En définitive, il faut un fait positif d'appropriation, il faut qu'il y ait profit tiré de la chose.

Cette théorie n'est pas spéciale à l'abus de confiance ; pour le vol et pour l'escroquerie, nous la soutiendrions également. Le vol, l'escroquerie, l'abus de confiance et leurs succédanés, le chantage, la grivèlerie, etc... n'ont pas pour objet de réprimer toutes les atteintes à la propriété, mais seulement celles qui, portant sur certaines choses déterminées, ont pour résultat de causer un préjudice à une personne au profit d'une autre personne. Nous ne disons pas profit pécuniaire et nous pourrions employer, pour préciser, le mot « avantage ». Par exemple des lettres missives, des objets personnels n'ayant qu'une valeur morale peuvent faire l'objet d'une soustraction ou d'un détournement, d'un abus de confiance (2). Mais il faut toujours

1. Ainsi il a été jugé qu'il y avait abus de confiance dans le fait pour le gérant d'une association tontinière d'avoir détourné des fonds versés par les associés, alors même qu'il les aurait employés, non à son profit personnel directement, mais pour couvrir des dépenses d'administration, dont la charge, en cas d'insuffisance de la tontine, devait incomber au délinquant. D. 52.2.160. Peut-être, en fait, cet arrêt serait-il d'ailleurs critiquable. Cf. Paris, 9 février 1898. Aff. Panama. (*Gaz. des Tribunaux* du 10 février 1903.)

2. C'est ainsi que la soustraction de lettres missives constitue un vol, alors même que ces lettres ne renferment aucune valeur et ne contiennent ni obligation, ni décharge — Dijon, 16 février 1876 (*Journal de Dr. Crim.*, art. 9881). Cassat., 2 avril 1864 (*Journal de Dr. Crim.*, art. 7892). Sic. Garraud. *Traité de Dr. Pén.*, V^e vol., page 382 : « La juris-

qu'un profit, qu'un avantage positif soit obtenu ou cherché par le délinquant.

Telle était la théorie romaine, ainsi que le rappelle l'arrêt cité de la Cour de Nancy, et l'on ne peut supposer qu'elle ait été abandonnée. Il y a bien eu dans le Code éphémère de 1791 un article 29 déclarant que « quiconque serait convaincu d'avoir détourné à son profit, ou dissipé, ou, méchamment et à dessein de nuire à autrui, brûlé ou détruit une chose, d'une manière quelconque, sera puni... » Mais ce texte ne peut passer pour avoir inspiré le législateur de 1810. La limite du dol civil et du dol pénal doit être déterminée à l'avantage du délinquant dans le doute sur la lettre et l'esprit d'un texte. Et, d'autre part, la tradition romaine du *furtum* ne doit pas être considérée comme abandonnée.

2° *Destruction*. — Tout ce que nous venons de dire s'applique aussi bien au cas de destruction totale ou partielle de la chose qu'au cas d'abandon. Dans l'une comme dans l'autre hypothèse nous disons qu'il n'y a pas d'abus de confiance.

Un arrêt de la Cour de Rouen du 31 janvier 1851 pourrait être cité comme accueillant implicitement notre thèse ; toutefois, nous ne croyons pas devoir

prudence a toujours considéré comme un vol la soustraction frauduleuse d'un objet quelconque, d'une chose quelle qu'en soit la valeur pécuniaire, et même si elle n'a qu'une valeur d'affection. » Les mêmes principes doivent être admis en matière d'abus de confiance.

accorder une grande importance à cette décision. Il s'agissait de poursuites dirigées contre une dame B... à laquelle une dame E... prétendait « avoir confié des lettres et portraits que la dépositaire aurait anéantis de concert avec un sieur C... » La Cour de Rouen, comme le tribunal, relaxa la prévenue « parce qu'il n'existait, pour établir le dépôt, ni preuves, ni commencement de preuves par écrit ». En réalité, la question de savoir si le fait d'avoir détruit ces objets rentrait sous l'application de l'article 408 du Code pénal n'avait donc pas été envisagée positivement.

Remarquons que dans le cas de destruction d'une chose confiée, il y a bien dépossession définitive du propriétaire : celui-ci ne rentrera jamais en possession de sa chose. Si la destruction n'a été que partielle, dans cette mesure il est également dépossédé. Le détenteur infidèle a ainsi commis un acte grave contre la propriété d'autrui ; il s'est comporté lui-même comme le propriétaire de la chose, il a accompli l'acte le plus précis de propriété, il a usé frauduleusement du *jus abutendi* ; mais nous nous en tenons à cette idée qu'il n'y a pas eu un avantage positif tiré par le délinquant de son acte, il n'en a tiré aucun profit. Nous disons alors qu'il n'y a pas abus de confiance punissable.

En définitive nous aboutissons à la formule suivante : il y a détournement de choses non fongibles lorsque le détenteur précaire dépossède définitive-

ment le propriétaire par un acte dont il entend tirer un avantage positif pour lui-même ou pour autrui.

Nous allons voir l'application de cette formule dans les actes de dispositions accomplis par le détenteur précaire sur la chose confiée, et qui constituent les seuls cas de détournement punissables.

§ 2. — DES ACTES DE DISPOSITION DE LA CHOSE CONFIEE.

Dans le détournement par appropriation intentionnelle, l'abus de confiance n'est pas toujours facile à saisir. Les tribunaux sont souvent obligés de relaxer des prévenues parce que l'interversion de volonté chez le détenteur n'est pas assez nettement manifestée.

Au contraire, si l'on se trouve en face d'un acte de disposition, le délit sera généralement facile à établir : le détenteur a, par exemple, vendu l'objet confié ; d'autre part, l'intention frauduleuse se trouve démontrée. L'article 408 devient alors applicable : le fait de disposer d'une chose confiée constitue évidemment le détournement ou la dissipation prévus par la loi pénale. C'est même, avec l'appropriation par consommation, le cas d'abus de confiance le plus caractéristique. L'atteinte à la propriété est en effet manifeste ; nous nous trouvons en présence d'un acte qui dépouille ou doit dépouiller définitivement le légitime

propriétaire. Il importe même peu, croyons-nous, que l'aliénation soit à terme ou qu'elle soit conditionnelle ; que la tradition de l'objet au tiers acquéreur ait été faite ou non. Par exemple, il suffit, à notre avis, pour que le détournement soit réalisé, que le détenteur et le tiers soient d'accord sur le prix et sur la chose (1).

Mais que faut-il entendre par aliénation ? Faut-il prendre ce mot dans le sens de vente ou dans le sens de cession d'un droit réel sur la chose ? La question se pose pour la mise en gage. La mise en gage par le détenteur de l'objet à lui confié constitue-t-elle un détournement punissable ? La jurisprudence est fixée dans le sens de l'affirmative. Ainsi, il a été jugé que l'article 408 est applicable « au voyageur de commerce qui, s'étant mis par son fait hors d'état de payer ses dépenses d'hôtel, a offert ou abandonné au maître de l'établissement des marchandises qu'il avait mandat de placer et qu'il savait ne pouvoir dégager... Et cela même si le nantissement n'a pas été constitué dans les formes légales » (2). De même les peines de l'article 408 ont été déclarées applicables à une femme qui, ayant engagé au Mont-de-Piété pour ses besoins personnels des meubles dont elle était dépositaire, n'avait pu en opérer la restitution (3).

En note de la première décision ci-dessus indiquée,

1. Comp. D. 98.1.315.

2. D. 70.1.372.

3. Cass., 30 juin 1887, f^e Carlier, B. 248.

l'arrêtiste de Dalloz (1), approuve en ces termes la solution adoptée par la Cour de cassation : « Mettre en gage, c'est faire acte de propriétaire et par suite détourner. Il a été décidé conformément à la solution susvisée que, pour que le détournement de sommes confiées en vue d'un emploi déterminé constitue le délit d'abus de confiance, il n'est pas nécessaire qu'il y ait appropriation des valeurs détournées (D. 59.5.6). En matière de vol, il est admis, dans le même sens, que la soustraction suffit pour constituer le vol, par cela seul qu'elle a pour effet de déposséder le propriétaire et qu'elle a été effectuée avec intention frauduleuse, sans qu'il soit nécessaire que cette intention ait eu en vue un profit ou un lucre illicite (2). »

Cela nous paraît manquer de précision. Il est certain, nous l'avons dit, qu'il n'est pas nécessaire pour constituer le détournement qu'il y ait « appropriation » des choses confiées, c'est-à-dire tel est le sens de ce mot « appropriation » dans notre matière, qu'il n'est pas nécessaire que le délinquant ait en vue un profit personnel et direct par usage ou consommation de l'objet pour son propre compte à lui-même. Mais ce point de vue est indifférent lorsqu'on se pose la question de savoir si la mise en gage d'une chose confiée peut constituer le détournement ou la dissipation de

1. D. 70.1.372, ci-contre, note 1.

2. V. Dalloz, J. G., V^e vol., n° 105.

l'article 408 du Code pénal. Quand le détenteur vend l'objet, il commet un abus de confiance ; il n'y a pas cependant « appropriation » au sens que nous venons de dire. En réalité, la question est ici de savoir si la mise en gage constitue un acte d'aliénation. La solution ne nous paraît pas douteuse : mettre en gage c'est aliéner. Le gagiste acquiert en effet avec la possession un droit réel sur la chose, en vertu duquel il peut retenir cette chose et la vendre, le cas échéant. Si le gagiste vend l'objet, il est certain que l'abus de confiance se trouve réalisé au regard du détenteur ; le véritable propriétaire se trouve en effet dépouillé définitivement de son bien. Mais en admettant même que ce propriétaire revienne en possession de sa chose, normalement parce que le créancier gagiste aura été désintéressé d'une manière ou de l'autre, il nous paraît que l'article 408 n'en est pas moins applicable.

Le créancier gagiste, en effet, acquiert un droit réel sur la chose, un droit réel spécial, qui n'est pas un démembrement du droit de propriété, mais qui lui permet de retenir la chose légitimement à titre de garantie, d'opposer victorieusement au véritable propriétaire l'exception de l'article 2279 du Code civil. Dès lors, théoriquement, il nous semble que dans ce cas l'abus de confiance se trouve réalisé et l'article 408 du Code pénal est applicable.

Mais si l'objet a été confié au détenteur avec pour lui faculté de le donner en gage, il est évident que

même si le gage est réalisé par le créancier faute de paiement, aucune poursuite ne pourra être exercée contre le détenteur du chef de l'article 408 du Code pénal (1). La vente du gage par le créancier est la conséquence de la remise à titre de garantie ; elle devait être prévue par le propriétaire.

Toutefois, il faut bien remarquer que le pouvoir donné au mandataire ou dépositaire par exemple de remettre en gage l'objet confié n'implique pas le droit de le vendre lui-même ; s'il s'arroge ce droit, l'article 408 du Code pénal pourrait être appliqué. Ainsi il a été jugé que celui qui a reçu des titres au porteur pour obtenir sur ces titres des avances dans une banque et qui négocie ces titres est passible des peines de l'abus de confiance, malgré l'intention qu'il a pu avoir de rendre les valeurs ou de se libérer d'autre manière (2). Cette solution est justifiée : les contrats fiduciaires doivent être interprétés strictement et exécutés avec une particulière bonne foi. C'est là une idée dont on pourrait trouver trace dans un certain nombre d'arrêts et dont il convient en effet, nous le verrons, que le juge s'inspire. Or, la mise en gage est un acte de disposition certainement moins grave et d'une autre nature que l'aliénation proprement dite ; aussi le détenteur qui a reçu pouvoir de re-

1. *Pand. chr.*, 1904.1.479.

2. S. 73.2.45. Conf. S. et P. 1902.1.302.

mettre l'objet en garantie de sa dette ne saurait s'arroger le droit de le vendre : en le faisant, il viole le pacte de confiance.

Donc tout acte de disposition accompli frauduleusement par le détenteur précaire constitue le détournement ou dissipation réprimé par l'article 408 du Code pénal. Mais remarquons bien que l'acte de disposition peut ne pas se réaliser sous la forme normale d'une vente, donation, mise en gage, emportant directement tradition de l'objet même qui a été confié ; il peut se présenter sous un aspect moins simple. Par exemple, la Cour de cassation a déclaré que l'article 408 était justement applicable dans l'espèce suivante : Un garçon laitier mettait de l'eau dans le lait qu'il était chargé de vendre et percevait ainsi une certaine somme d'argent qu'il gardait pour lui. La Cour déclara qu'il y avait là abus de confiance (1). Cette décision nous semble fondée ; en analysant les faits, il serait facile de saisir dans l'espèce un acte de disposition frauduleuse de la chose confiée.

En ce qui concerne la propriété littéraire, artistique ou industrielle, l'acte de disposition et par suite le détournement présentent un caractère particulier. L'auteur, l'artiste, l'inventeur et leurs ayants cause ont, dans les limites de temps imparties par la loi, un droit exclusif sur toutes les reproductions, copies,

1. Cass., 6 avril 1882 (B. 1882-1898).

exemplaires de leur œuvre ; s'ils cèdent leur droit à un éditeur ou fabricant, celui-ci doit s'en tenir à la lettre du contrat. Par exemple un éditeur a acquis le droit de tirer mille exemplaires ; s'il en tire un plus grand nombre qu'il donne ou vend pour son propre compte, il ne nous paraît pas douteux qu'il soit passible des peines de l'article 408 du Code pénal.

La jurisprudence a eu surtout à statuer en ce qui concerne la propriété artistique. Nous avons précédemment cité un arrêt de la Cour de cassation qui a jugé, — et la décision, dit M. Pouillet (1), quoique sévère, paraît juste — que l'imprimeur ou le lithographe auquel on a confié, à titre de dépôt ou de mandat, des clichés ou des planches, sous la convention formelle qu'il n'en tirerait des épreuves ou des exemplaires qu'au fur et à mesure des ordres du déposant et pour son usage exclusif, ne peut, sans commettre le délit d'abus de confiance prévu par l'article 408 du Code pénal divertir ces clichés ou ces planches pour les employer au profit d'autrui (2). Dans le même ordre d'idées, il a été jugé que celui qui, ayant reçu des épreuves de gravures pour rédiger les textes destinés à accompagner ces gravures, les dépose et les publie comme étant sa propriété, se rend coupable

1. Pouillet. *Traité de la propriété littéraire et artistique*, n° 352, 2^e édition.

2. D. 37.1.100. Comp. trib. civ. de la Seine, 24 janvier 1888. Chevrier-Pataille, 90, 184.

d'abus de confiance (1). Ces décisions nous paraissent justifiées en droit.

Toutefois, il ne faudrait pas pousser trop loin le désir de protéger la propriété artistique et littéraire et étendre ici d'une manière spéciale la notion du détournement punissable. Ainsi un auteur (2) est d'avis que l'ouvrier auquel on confie un objet d'art en vue d'un travail déterminé, et qui abuse du dépôt à lui confié, par exemple pour en tirer des copies, commet, alors même qu'il s'agit d'une reproduction du domaine public, un abus de confiance puni par l'article 408. Nous admettons, dit M. Pouillet, cette solution rigoureuse, sous la condition qu'elle ne soit pas absolue et qu'elle puisse être modifiée par les circonstances.

En effet, s'il s'agit d'une œuvre tombée dans le domaine public, en principe le droit de reproduction appartient à tous et il nous semble que le dépositaire d'une œuvre d'art, qui la reproduit pour son propre compte, n'est pas passible des peines de l'article 408, si l'œuvre d'art confiée n'est elle-même qu'une copie. Mais si c'est l'original que le dépositaire a entre les mains, on peut concevoir un intérêt moral et même peut-être pécuniaire pour le propriétaire, à ce qu'aucune reproduction n'en soit faite et surtout mise dans le commerce.

1. Paris, 23 sept. 1847. Herbert-Blanc, p. 138.

2. Renouard, t. 2, p. 195

Mais peut-on dire que l'abus de dépôt commis dans ce cas rentre sous l'application de la loi pénale ? La notion du détournement doit-elle être étendue jusque-là ? On peut tout au moins mettre quelque hésitation à l'affirmer. La raison de douter est que toute œuvre tombée dans le domaine public peut être reproduite. Notre hypothèse est toute différente du cas où ce droit de reproduction est encore le monopole exclusif de l'auteur ; car dans ce cas, toutes les reproductions, exemplaires, copies appartiennent à ce dernier ; le dépositaire qui vend ou conserve pour son propre compte, quelque'une de ces reproductions ou exemplaires, attente donc à la propriété d'autrui, et par suite son acte est un acte de détournement. Au contraire, si l'œuvre d'art est tombée dans le domaine public, il y a bien abus de dépôt, préjudice causé, mais non détournement, semble-t-il.

§ 3. — DES ACTES DE CONSOMMATION DE LA CHOSE CONFIÉE

Nous avons peu de choses à dire de cette hypothèse. La consommation c'est l'appropriation directe du corps certain confié. Cela ne signifie pas, bien entendu, que l'objet devra avoir été consommé matériellement pour que l'article 408 soit applicable. Il suffit que le détenteur mis en demeure se refuse ou

tarde à restituer la chose dans le but de se l'approprier. Ce refus ou ce retard après mise en demeure prouve la consommation intentionnelle. Nous retrouverons plus loin cette question. Pour le moment contentons-nous d'indiquer que l'impossibilité frauduleuse de restituer établie en soi démontre la consommation de l'objet confié et rend le détenteur passible des peines de l'abus de confiance.

SECTION II

Du détournement des choses *fongibles* par consommation ou disposition

Nous arrivons maintenant au détournement des choses fongibles. La qualité de fongibilité ne peut appartenir qu'aux choses mobilières qui se déterminent au nombre, au poids, à la mesure, *quæ pondere, numero, mensuræ constant*. Généralement les choses fongibles sont en même temps consomptibles; mais cela n'est pas une règle absolue. Ainsi que le dit M. Planiol (1), ces deux classifications de choses partent en réalité de deux points de vue différents; ce sont deux aspects distincts des choses, au point de vue juridique.

Or, dans notre étude du détournement frauduleux,

1. *Traité élément. de dr. civ.*, t. I, n° 257.

le seul point de vue que nous ayons à retenir est celui de la fongibilité. Que les choses qui sont confiées au titre des contrats de l'article 408 soient en effet consommables ou non consommables, du moment où le détenteur se trouve par l'effet de la convention expressément ou tacitement tenu de les restituer identiques, il ne peut pas se libérer en fournissant leur valeur en argent ou l'équivalent; s'il s'est approprié les choses, rigoureusement il a commis un abus de confiance. A l'inverse, si l'*accipiens* a été constitué par la convention propriétaire de la chose, que cette chose soit ou non consommable, et par suite s'il n'est tenu de restituer qu'un équivalent, une autre chose, de même nature ou non, mais estimée fongible, il devient débiteur d'un genre et si frauduleusement il refuse ou se met dans l'impossibilité d'exécuter, il devient passible des peines de l'article 408.

Ce qui distingue le détournement des choses non fongibles du détournement des choses fongibles, c'est donc que l'*accipiens* est dans le premier cas un détenteur qui doit restituer à son légitime possesseur l'objet confié, tandis que dans le second cas, il est un débiteur tenu d'une dette de genre. Cette distinction est essentielle et c'est parce qu'on ne s'y est pas assez nettement référé que la théorie du détournement se présente avec une certaine imprécision et que dans la pratique l'application de l'article 408 aux diverses hypothèses d'abus de possession paraît sur

certain points contradictoire. « La jurisprudence, dit M. Planiol, sent confusément (car elle ne l'a jamais précisée) la variété qui existe à cet égard entre les prévenus d'abus de confiance, et c'est pour cela qu'elle admet souvent une solution en apparence singulière. Elle retarde le point de départ de la prescription et ne la fait courir que du jour où une mise en demeure infructueuse a été adressée au débiteur. C'est de ce jour seulement qu'elle répute le délit consommé. Cette décision serait insoutenable si on entendait l'abus de confiance comme une atteinte aux droits d'un propriétaire ; elle se justifie bien au contraire si on le considère comme une atteinte aux droits d'un créancier. L'abus de confiance devient alors tout à fait comparable à la banqueroute ; c'est l'insolvabilité qui réalise le dommage, et c'est seulement du jour où cette insolvabilité est constatée que la répression devient possible, et que la prescription peut courir contre l'action publique (1). » Nous trouvons dans cette remarque les grandes lignes de l'étude que nous avons à présenter du détournement des choses fongibles.

Remarquons que M. Planiol ne considère ici que le cas de détournement de sommes d'argent. C'est qu'en effet, l'hypothèse du détournement de choses fongibles autres que l'argent est purement théorique.

1. Planiol, *Revue critique*, loc. cit.

Pratiquement le délit se présente sous l'une des deux formes suivantes : 1° une personne reçoit, d'une autre personne ou pour le compte de celle-ci, au titre de l'un des contrats énumérés par l'article 408 du Code pénal, une certaine somme d'argent, dont elle doit rendre l'équivalent ; 2° une personne reçoit une chose quelconque à charge de la vendre et soit d'en verser le prix, soit d'acquérir et de fournir une chose déterminée. Dans ces hypothèses le détournement porte donc toujours sur une somme d'argent. Pour qu'il y ait détournement de choses fongibles autres que l'argent, il faut supposer que l'*accipiens*, d'une part a reçu un corps certain et d'autre part doit fournir en échange un autre corps certain lui appartenant à lui-même. Remarquons cette dernière condition : en effet, s'il n'est pas propriétaire de l'objet de la prestation, il lui faut l'acquérir, et nous retombons ainsi dans la seconde hypothèse précédente.

Ce que nous avons maintenant à étudier, c'est donc le détournement des sommes d'argent, en tant du moins qu'il se trouve réalisé par un acte de consommation ou de disposition (car le détournement de sommes d'argent peut résulter d'un acte d'appropriation intentionnelle, ainsi que nous l'avons vu).

Actuellement nous sommes en présence d'un débiteur qui à l'échéance se trouve dans l'impossibilité de payer. Ce n'est pas, en effet, nous le montrerons, le fait de disposer des deniers confiés qui théorique-

ment du moins constitue le détournement punissable. Le détournement consiste en une fraude ou une faute mettant le débiteur dans l'impossibilité de payer.

L'abus de confiance paraît donc ici réalisé par l'inexécution frauduleuse ou fautive de l'obligation. Mais il ne faut pas être dupe d'une apparence. « L'abus de confiance, dit M. Planiol (1), est incriminé tantôt comme une atteinte aux droits d'un propriétaire, tantôt comme une atteinte aux droits d'un créancier. Il se conçoit, en effet, alors même que le mandataire ou le dépositaire serait devenu propriétaire des effets ou deniers. » Dans ce cas la dissipation ou le détournement impliquent une atteinte aux droits d'un créancier. La victime de l'abus de confiance doit donc établir l'impossibilité de rendre des effets ou des espèces. « Nous ne pouvons, dit M. Garçon, admettre cette opinion. Ainsi que nous l'avons dit, le détournement en matière d'abus de confiance s'analyse dans une intervention de possession de la part du détenteur précaire. L'abus de confiance est une atteinte à la propriété ; la loi pénale ne se préoccupe pas de la violation de la convention. Or la violation de la propriété ne se rencontre ni dans le dépôt irrégulier, ni dans le mandat, lorsque le mandataire a le droit de disposer des sommes qu'il a perçues. Le déposant ou

1. Planiol, *Revue critique*, 1893, *loc. cit.*

le mandant qui ont consenti à laisser à ce dernier la libre disposition des sommes qui leur appartenaient ont suivi la foi de ces derniers. »

Peut-être y a-t-il là une équivoque. Il est évident d'une part que, si le mandant ou déposant a entendu refuser au détenteur tout droit de disposer des deniers, le seul fait par ce détenteur d'appliquer la somme reçue à ses besoins personnels ou à ses affaires constitue un détournement. L'insolvabilité intervient bien encore ici comme élément du délit mais seulement en tant qu'elle réalise le dommage et marque le préjudice. Toutefois en fait cette hypothèse est exceptionnelle. On doit reconnaître qu'en général il est indifférent au mandant ou déposant que le dépositaire ou mandataire confonde les deniers reçus avec ses propres deniers. Le détenteur précaire est alors en réalité débiteur d'un équivalent (1). Et c'est précisément la question de savoir dans quelles conditions l'insolvabilité de ce débiteur tombe sous l'application de la loi pénale, que nous examinerons tout à l'heure.

Mais auparavant, supposons le cas inverse de celui que nous venons d'indiquer ; supposons que le man-

1. Une Cour d'appel avait condamné un notaire du chef de l'art. 408, parce que disait-elle « le prévenu ne pouvait ignorer en sa qualité de notaire que ce dépôt était sacré pour lui et qu'il n'avait pas le droit d'en disposer sans commettre un acte répréhensible ». La Cour Suprême tout en rejetant le pourvoi formé contre cet arrêt rappela qu'un mandataire ne commet pas le délit, par cela seul qu'il emploie les fonds à son usage. (D. 45.1.87.)

dant ou déposant ait non seulement entendu laisser au détenteur des deniers toute liberté de disposer de la somme reçue, de l'appliquer à ses propres affaires, qu'il ait en un mot, selon l'expression de M. Garçon, « suivi la foi de son débiteur », mais encore qu'il ait accepté les risques de sa fortune. Dans ce cas évidemment le fait d'user des deniers et de les dissiper même, ne saurait constituer un détournement, du moins il ne pourrait y avoir détournement que si le détenteur avait appliqué à ses besoins purement personnels les deniers reçus. Mais cette hypothèse est assez rare ou en tout cas spéciale. C'est le cas par exemple des dépôts chez les banquiers. Or, remarquons bien que dans ce cas précisément ce sera plutôt la loi des banqueroutes qui s'appliquera que l'article 408 du Code pénal (1).

Revenons donc à l'hypothèse générale : le mandant ou déposant entend recevoir l'équivalent de la somme touchée ou reçue par le mandataire ou dépositaire. Ceux-ci peuvent dès lors confondre les deniers reçus avec leurs propres deniers, en disposer tant pour leurs affaires que pour leurs besoins personnels ; ils sont simplement débiteurs d'une somme déterminée. C'est alors l'impossibilité de restituer, c'est-à-dire l'insol-

1. D'ailleurs ces dépôts seraient d'une nature tellement spéciale qu'on pourrait se demander s'ils rentrent dans l'énumération limitative des contrats prévus par l'art. 408.

vabilité qui réalise le dommage et prouve le détournement. Dans l'hypothèse où nous nous trouvons actuellement, le délinquant est toujours un insolvable : il y a entre le détournement et l'insolvabilité un rapport nécessaire de concomitance.

Cela nous rapproche singulièrement de la banqueroute. La comparaison entre ces deux sortes d'infraction nous paraît éminemment suggestive, et nous croyons avec M. Planiol que l'abus de confiance, en tant qu'il porte sur des sommes d'argent, se comprend mieux, dans la théorie, si on le rapproche de la banqueroute.

Dans la banqueroute, il est vrai, le délinquant est en fait toujours un insolvable ; ce qui revient à dire qu'il n'y a d'infraction que lorsqu'il y a eu consommation ou dissipation des deniers. Au contraire l'abus de confiance peut se trouver réalisé même s'il n'y a pas eu de dissipation, par suite même si le délinquant est solvable. Il suffit, nous l'avons vu, pour réaliser le délit, que des faits précis marquent l'intention du débiteur de ne pas restituer ou de restituer incomplètement les deniers confiés, en un mot de se les approprier. Qu'il s'agisse de choses non fongibles ou de choses fongibles, le détournement n'est jamais nécessairement subordonné à une impossibilité de rendre. La formule est la même dans les deux cas : il y a détournement aussi bien de deniers que de corps certains lorsqu'il y a soit des actes d'aliénation, de

consommation ou de dissipation, soit des manœuvres manifestant l'intention de s'approprier.

En ce qui concerne les sommes d'argent, cela aboutit bien à dire que l'insolvabilité — laquelle est ici la forme de l'impossibilité de rendre — n'est nullement un élément essentiel de l'abus de confiance (1).

Ce principe se dégage implicitement de toute la jurisprudence, par exemple, nous l'avons vu, des arrêts cités plus haut concernant les actes d'appropriation intentionnelle. Mais il y a des décisions particulièrement précises: « Attendu, dit notamment un arrêt, que l'article 408 ne subordonne pas l'existence du délit à l'insolvabilité de celui qui l'a commis ; qu'il suffit, pour qu'il y ait détournement punissable, que le prévenu, mis en demeure de restituer, refuse de le faire, avec l'intention de s'approprier les deniers qui lui ont été confiés, intention qui peut très bien s'établir en dehors de l'insolvabilité du prévenu ; que, s'il en était autrement, les insolvable seraient seuls passibles des peines de l'abus de confiance, et que les prévenus qui n'auraient pas l'excuse de la misère ou du besoin jouiraient d'une impunité absolument contraire au vœu de la loi (2). »

« Attendu, dit à peu près dans les mêmes termes

1. Nous établirons plus loin que l'insolvabilité du débiteur établit en fait l'abus de confiance. Cela ne contredit nullement notre thèse actuelle. Il y a là deux points de vue différents.

2. S. 59,2,279.

un arrêt de la Cour de cassation, que l'article 408 ne subordonne pas l'existence du délit à la condition de l'insolvabilité déclarée de celui qui l'a commis, et qu'il suffit que le prévenu mis en demeure de restituer refuse de le faire, avec l'intention de s'approprier les deniers qui lui ont été confiés (1). »

En somme, la considération de l'insolvabilité du débiteur n'a pas plus à intervenir en matière d'abus de confiance qu'en matière de vol ou d'escroquerie ; la raison en est la même pour les trois infractions. Il ne faut pas perdre de vue la parenté qui unit ces trois délits et notamment le vol et l'abus de confiance. Remarquons combien la notion de cette dernière infraction est nuancée, complexe, compréhensive : d'une part, le détournement de choses non fongibles se rapproche de la soustraction frauduleuse ; d'autre part, le détournement des sommes d'argent se rapproche de la banqueroute. C'est ce dernier rapport que nous allons maintenant préciser.

La banqueroute frauduleuse, tout d'abord, est le crime d'un commerçant failli « qui a soustrait ses livres, qui a détourné ou dissimulé une partie de son

1. Cass., 28 avril 1859, D. 72.5.5. Voir également d'autres arrêts cités par M. Garçon (*loc. cit.*, n° 158). Si quelques arrêts ont invoqué la solvabilité du mandataire pour le relaxer, ils n'ont jamais entendu, ainsi que le fait remarquer M. Garçon, affirmer en droit qu'un insolvable pût seul commettre un abus de confiance. Ils ne relèvent cette circonstance que pour établir l'intention frauduleuse.

actif, qui, soit dans ses écritures, soit par des actes publics, soit dans des engagements sous signature privée, soit par son bilan, s'est frauduleusement reconnu débiteur de sommes d'argent qu'il ne devait pas » (art. 591 Code de commerce). Remarquons bien l'expression « qui a détourné une partie de son actif » ; c'est la même que dans l'article 408 du Code pénal. Toutes les autres hypothèses de banqueroute rentrent sous cette expression. Mais en les indiquant la loi facilite la tâche du juge : elle précise que le détournement, non seulement pourra être établi en soi, mais résultera directement et sera suffisamment démontré par la preuve faite de certaines manœuvres frauduleuses déterminées.

Dans l'article 408, le Code pénal se contente de parler de détournement et de dissipation. C'est à l'interprète de rechercher le sens et la portée de ces expressions. Mais précisément nous serons amenés à conclure, en ce qui concerne notamment les détournements de sommes d'argent que l'infraction est réalisée soit par des actes de consommation pratiquement manifestée par l'insolvabilité du débiteur, soit par des actes d'appropriation intentionnelle. Nous avons par avance étudié cette dernière hypothèse qui est commune au détournement des choses fongibles et des choses non fongibles. Il nous suffira de remarquer que les manœuvres proprement dites qui réalisent et prouvent à la fois le détournement sont

de même nature que celles qui constitueraient la banqueroute frauduleuse. Par exemple, nous avons mentionné deux arrêts aux termes desquels sont punissables des peines de l'abus de confiance les détenteurs ou débiteurs qui cherchent à se soustraire à l'obligation de restituer en provoquant frauduleusement l'intervention d'un tiers saisissant ou opposant. C'est là une hypothèse analogue à celle de fausse reconnaissance de dette prévue en matière de banqueroute frauduleuse.

Mais pas plus en matière d'abus de confiance qu'en matière de banqueroute frauduleuse, les manœuvres ou tromperies ne sont les seules hypothèses de détournement. D'une manière plus générale, toute fraude qui a pour conséquence une impossibilité de restituer est punissable.

La loi répressive n'a pas à intervenir dans tous les cas où un débiteur s'est mis dans l'impossibilité de payer sa dette. Mais si cette impossibilité est le résultat d'une fraude, ou même (dans une limite et sous des conditions que nous indiquerons) d'une faute, la loi pénale est susceptible d'intervenir. Cette intervention est constante en matière commerciale pour le cas de fraude, lorsque le débiteur est devenu insolvable. En matière civile au contraire, elle est limitée aux contrats prévus par l'article 408 du Code pénal. En toute autre hypothèse le créancier n'a de protection que celle de l'article 1167 du Code civil.

Mais dans la limite de l'article 408, la fraude civile est toujours punissable.

Que faut-il entendre par fraude ? Il faut entendre : toute manifestation de volonté d'un débiteur de s'approprier définitivement les deniers reçus. La fraude peut résulter d'une manœuvre ou tromperie, ainsi que nous l'avons vu. Elle peut également être prouvée directement : par exemple une personne reçoit une certaine somme pour le compte d'autrui, elle use de cette somme pour ses besoins personnels, elle fait des acquisitions, elle paie ses dettes. L'article 408 devient applicable s'il est prouvé qu'au moment où elle a reçu les deniers d'autrui et les a employés à ses besoins particuliers, cette personne n'avait plus aucune ressource personnelle et qu'elle a usé sans espoir sérieux de restitution de l'argent confié (1). Mais dans ce cas nous nous trouverons en définitive devant un insolvable. Et n'est-ce pas l'insolvabilité qui réalise finalement le délit (2) ?

1. « Lorsqu'il s'agit de sommes d'argent, dit M. Garçon, l'intention frauduleuse est certainement réalisée si la preuve est faite qu'au moment où le mandataire a employé les fonds à lui confiés pour son propre usage, il ne pouvait se faire aucune illusion sur le mauvais état de ses affaires et si, dès cette époque, il a su qu'il se trouverait dans l'impossibilité de rendre. » Voir en ce sens la jurisprudence citée dans Garçon, *loc. cit.*, n° 90, notamment : D. 50.1.250 ; D. 53.5.5 ; D. 58.5.5 ; D. 76.1.140 ; D. 78.5.6.

2. Nous avons établi que l'insolvabilité n'est pas un élément essentiel de l'abus de confiance ; mais c'est là, remarquons-le bien, un tout autre point de vue,

Nous sommes amenés ainsi à rechercher si l'insolvabilité du débiteur de l'article 408 ne réalise pas et ne prouve pas en soi le détournement. La question, est intéressante pour tous les cas où le débiteur se trouve dans l'impossibilité de payer à l'échéance, sans que le détournement résulte d'un acte d'appropriation intentionnelle ou puisse être saisi directement.

L'insolvabilité manifeste en soi simplement l'impossibilité de rendre ; or l'impossibilité de rendre n'implique pas nécessairement qu'il y ait eu dissipation. Cela est certain lorsqu'il s'agit de choses non fongibles ; car l'objet peut avoir péri par cas fortuit ou même par la faute du détenteur, avoir été dérobé, égaré, perdu, toutes hypothèses dans lesquelles il n'y a pas abus de confiance punissable. Il en est de même théoriquement lorsqu'il s'agit de sommes d'argent ; mais pratiquement il est difficile de rencontrer des hypothèses où l'impossibilité de restituer, — c'est-à-dire, remarquons-le, l'insolvabilité, — ne soit pas le résultat d'une fraude ou tout au moins d'une faute (1).

En fait, nous pourrions donc poser en thèse que c'est bien l'insolvabilité qui, en dehors de toute manœuvre ou tromperie de nature à prouver l'appro-

1. Il faudrait supposer, par exemple, que le débiteur ait été victime d'un vol considérable qui le mette dans l'impossibilité de rendre,

priation intentionnelle, réalise, consomme et prouve l'infraction, lorsque nous aurons établi que le débiteur des contrats de l'article 408 est pénalement responsable même de ses fautes.

C'est ici le lieu de rapprocher l'abus de confiance de la banqueroute simple. La banqueroute simple est un délit qui peut être commis sans intention mauvaise, par négligence, imprudence, légèreté (1). Tel est par exemple le cas où le commerçant s'est livré à des dépenses jugées excessives; tel est le cas où de fortes sommes ont été consommées dans des opérations de pur hasard, des opérations fictives de bourse ou sur marchandises. Dans ces hypothèses on peut parfaitement admettre que le débiteur n'a pas voulu atteindre ses créanciers, qu'il a même toujours eu l'intention de rendre.

Certes la loi commerciale ne saurait sanctionner, pénalement du moins, toutes les fautes de gestion qui ont amené le commerçant à la faillite; elle ne saurait punir en soi l'insolvabilité. Elle a seulement en vue de réprimer, sans parler de la fraude, certaines fautes lourdes, certains faits malhonnêtes, certains actes imprudents, dont le danger pour le crédit commercial est précisément démontré par l'état d'insolvabilité dont ils ont été la cause. Encore une fois ce n'est pas l'insolvabilité qui est sanctionnée, mais une certaine manière d'être devenu insolvable.

1. En ce sens : D. 70,1,286.

En matière civile, l'inexécution des obligations n'est en principe jamais sanctionnée pénalement. De quelle manière qu'il soit devenu insolvable, le débiteur est à l'abri de toutes poursuites. Il n'y a d'exception que dans le cas où des sommes d'argent ont été remises au titre de l'un des contrats de l'article 408 du Code pénal. Le débiteur doit, dans ce cas, restituer strictement. Mais faut-il en conclure que non seulement la fraude est punissable, mais encore la faute, et que des faits de la nature de ceux que retient la loi commerciale à titre de banqueroute simple sont susceptibles de constituer le détournement de l'article 408 ?

La question paraît délicate, précisément parce que le Code pénal ne contient aucune disposition analogue à celle du Code de commerce. La jurisprudence manque d'homogénéité et la formule des arrêts est parfois hésitante.

« Les arrêts, dit M. Garçon, sont souvent en contradiction les uns avec les autres. Certains admettent que l'intention disparaît lorsque l'agent a cru pouvoir rendre et spécialement lorsque le mandataire, à qui une somme d'argent a été confiée, peut détruire la présomption élevée contre lui par son insolvabilité en prouvant qu'au moment où il a employé les fonds à son usage, il avait la volonté et l'espérance de les restituer. Ces arrêts décident alors, non sans confondre le détournement, le préjudice et l'intention, soit que le prévenu n'a pas eu d'intention frauduleuse,

qu'il n'a pas voulu s'approprier les fonds à lui confiés, qu'il était de bonne foi, soit même qu'il n'a commis aucun détournement et qu'il est simplement en retard de rendre. »

« Mais, ajoute M. Garçon, en étudiant la Jurisprudence, on ne tarde pas à s'apercevoir que ces arrêts sont relativement peu nombreux. La grande majorité des décisions judiciaires et la pratique courante ont admis, dans des espèces toutes semblables, l'existence de l'intention frauduleuse (1). »

Nous avons vu déjà que le détenteur d'un corps certain qui accomplit un acte d'appropriation ou de disposition ne saurait échapper à l'application de l'article 408, en soutenant qu'il avait l'espoir plus ou moins fondé de rendre cette chose ; nous avons vu notamment l'application de cette idée pour la mise en gage de l'objet confié. De même, le mandataire ou dépositaire de sommes d'argent qui emploie à son usage personnel les fonds qui lui ont été confiés est responsable de cet acte d'appropriation volontaire, lorsque le préjudice se réalise postérieurement par le fait de son insolvabilité, à moins qu'il ne pût raisonnablement le prévoir. « En y réfléchissant, dit encore M. Garçon, on voit qu'on rend ainsi le mandataire responsable de la faute qu'il a commise en réalisant cet acte d'appropriation. Il s'est rendu cou-

1. Garçon, *loc. cit.*

pable d'abus de confiance en se mettant ainsi dans l'impossibilité de rendre la somme qui lui a été remise. »

Certains arrêts se réfèrent expressément à la notion de faute : « Attendu, dit la Cour de cassation, que la Cour d'appel a spécifié que c'était par son fait et par sa faute que le demandeur avait été mis dans l'impuissance de restituer les sommes par lui détournées de leur destination... (1). » « Attendu, dit-elle, dans un autre arrêt, que le jugement du Tribunal supérieur d'Arras établit en droit que le détournement commis par un mandataire est frauduleux lorsque celui-ci s'est mis par sa faute dans l'impossibilité de remplir son mandat ou de restituer les sommes par lui détournées de leur destination... (2). » Mais peut-être ne faut-il pas donner à ces décisions une signification trop précise. Dans les deux hypothèses en question, le délinquant était un notaire et l'on sait que les tribunaux ont toujours eu tendance à montrer une particulière sévérité pour les manquements commis par ces officiers publics. D'autre part, il semble que dans les deux cas le mandataire avait négligé d'employer les fonds à un but déterminé qui lui avait été assigné, et dès lors la dissipation apparaissait particulièrement précise.

1. S. 43.1.207.

2. D. 53.5.5.

Quoi qu'il en soit, on peut poser en principe que le détournement frauduleux est réalisé lorsque l'agent a prévu ou dû prévoir que son acte d'appropriation causerait ou pourrait causer un préjudice. Mais nous disons qu'il en est de même si l'auteur du détournement n'a pas eu cette volonté, s'il a eu l'intention de restituer et l'espérance plus ou moins fondée qu'il serait en mesure de le faire. Cette théorie n'est cependant pas admise par nombre d'auteurs et, du moins à l'apparence, par certains arrêts. « Un acte n'est pas intentionnel lorsque l'agent n'a pas voulu ses résultats, lorsqu'il a cru qu'ils ne se produiraient pas... Le préjudice est, d'autre part, un élément du délit ; si le prévenu n'a pas voulu le causer, il n'a pas fait l'acte défendu par la loi dans les conditions où elle le défend. »

Nous nous en tenons cependant à notre théorie. Avec M. Garçon, nous posons en thèse qu'« un détournement est frauduleux lorsque l'agent dispose avec connaissance d'une chose qu'il sait posséder à titre précaire, s'il a dû prévoir qu'un préjudice pourrait en résulter ; il n'est pas nécessaire qu'il ait voulu le causer (1) ». L'auteur du détournement qui a fait volontairement sur la chose un acte d'appropriation illicite est responsable des suites dommageables de cet acte. Il prétendrait en vain qu'il ne les a pas vou-

1. Garçon, *loc. cit.*, n° 18.

lues, qu'il avait l'intention et l'espérance de rendre ; cette éventualité n'était pas sûre et le dommage était possible, puisque aussi bien il s'est produit. Le débiteur ne peut se défendre en disant qu'il n'avait pas prévu les conséquences de son acte ; il devait les prévoir. Telle nous paraît bien être la véritable formule.

Et, en définitive, l'idée générale qui nous paraît, à bon droit, dominer toute cette théorie, c'est que la remise de deniers, aussi bien que de corps certains, au titre de l'un des contrats de l'article 408 du Code pénal, implique une confiance particulière, à laquelle le débiteur ou détenteur doit, au regard de la loi pénale, strictement faire honneur.

Remarquons bien que, s'il s'agit de choses fongibles, c'est-à-dire de deniers, le débiteur, en devient en droit propriétaire ; il n'est donc pas répréhensible de confondre ces deniers dans son patrimoine, d'en user comme de ses biens propres. Mais il doit rendre l'équivalent au jour de l'échéance et pour cela il doit veiller scrupuleusement à ce que la somme nécessaire se retrouve dans sa caisse pour le terme fixé. Disons-en somme qu'il doit se mettre dans la situation où il serait s'il avait conservé matériellement les deniers mêmes reçus.

De tout ce qui précède, il nous semble que l'on peut conclure que pratiquement c'est l'insolvabilité qui réalise le détournement frauduleux. C'est le lieu d'examiner certaines théories concernant ce point.

Merlin a soutenu que le délit est consommé dès que le dépositaire ou le mandataire ont disposé des fonds à eux confiés. Après avoir établi que le mandant devient propriétaire immédiat des sommes touchées pour son compte par le mandataire, il ajoute ceci : « L'action criminelle naît à l'instant même où les deniers du commettant sont employés par le mandataire à son usage personnel. Il est vrai que, dans la pratique, le mandataire, qui s'est approprié les deniers de son commettant, n'est poursuivi que lorsque, son insolvabilité venant à éclater, il se trouve dans l'impossibilité de rendre l'équivalent de ce qu'il a pris. Mais il n'en reste pas moins constant, en théorie, que le délit a été commis au moment même où le mandataire portant la main sur sa caisse a usé, comme de son bien personnel, de choses qui ne lui appartenaient pas et que si, ce qu'on ne fait jamais, on agissait envers lui avec toute la rigueur de la loi, on le punirait même après qu'il aurait rendu l'équivalent de ce qu'il a pris, comme on punit un voleur même après qu'il a restitué l'objet qu'il a soustrait frauduleusement (1). »

Cette opinion nous paraît trop rigoureuse. Confondant le détournement des choses fongibles et des choses non fongibles, elle part en définitive de ce point de vue : que ce sont les deniers mêmes reçus qui

1 Merlin. *Rép.* Vol. Sect. II, § 3, art. 4.

doivent être restitués. Evidemment, il peut en être ainsi dans la pensée du mandant ou déposant lorsque, par exemple, comme il arrive en pratique, les deniers remis en dépôt se trouvent placés dans une enveloppe scellée. Et ce sont précisément les seules hypothèses où il pourrait exister une difficulté. Mais remarquons bien qu'ici nous admettrions l'existence du détournement si le déposant brisait le pli et utilisait les deniers pour ses propres besoins.

Il y aurait détournement, disons-nous, mais l'article 408 cependant ne serait applicable que si le dépositaire devenait finalement insolvable, ou refusait illégitimement de restituer, car sans cela on ne pourrait sérieusement arguer, semble-t-il, d'un préjudice. Et pourquoi y aurait-il détournement ? Précisément parce que le détenteur ne serait pas devenu, par l'effet de la convention, propriétaire des deniers confiés, se les serait appropriés indûment ; nous nous trouverions dans l'hypothèse d'une remise de choses non fongibles. Là, en effet, est juridiquement le nœud de la question. Du moment où tacitement les parties ont entendu que le dépositaire ou mandataire serait débiteur seulement d'un équivalent, d'une somme égale à celle remise, c'est seulement l'impossibilité frauduleuse ou fautive de restituer à l'échéance qui constitue le délit.

Nous répudions par là même la théorie de Chauveau et Hélie qui s'oppose à la théorie de Merlin. Ces

auteurs distinguent deux hypothèses. D'après eux lorsque le mandataire a eu l'intention de s'approprier les deniers confiés, au moment où il les a employés à son usage, il est vrai de dire que le délit a existé dès ce moment ; mais comme la fraude ne peut apparaître que par le défaut de restitution, les poursuites ne peuvent être intentées qu'après une mise en demeure. Au contraire le mandataire, qui à l'intention de rendre les fonds qu'il emploie à son usage, commet une faute civile mais non un délit. Toutefois, la solution n'est plus douteuse si, après cet emploi, le mandataire est devenu insolvable; car il est difficile d'admettre qu'il ait été de bonne foi. Son insolvabilité élève une grave présomption de fraude contre lui et donne ouverture à l'action criminelle. Mais le mandataire peut détruire cette présomption en établissant qu'au moment où il a employé les fonds, il était de bonne foi et que son insolvabilité est le résultat d'événements imprévus et postérieurs.

Avec M. Garçon, nous estimons que cette théorie est erronée. Si le mandataire ou dépositaire a employé à son usage les fonds à lui confiés, mais les restitue à première réclamation, nous disons qu'il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 408. M. Garçon fonde cette solution sur ce qu'en pareil cas le préjudice n'existe pas. Mais ne faut-il pas ajouter que non seulement il n'y a pas préjudice, mais qu'il n'y a pas dissipation. Nous en revenons toujours à cette idée qui

nous paraît dominer la théorie, que du moment où, par hypothèse, le débiteur est devenu propriétaire des deniers reçus, il peut à juste titre les employer à son usage. Sans doute cet emploi est fait à ses risques et périls, et il serait pour lui préférable de garder matériellement la somme même reçue. Mais juridiquement la dissipation ne peut résulter que des fraudes ou des fautes mettant ce débiteur dans l'impossibilité de restituer.

Les fraudes ou les fautes dont nous parlons sont celles qui ont amené le débiteur à la déconfiture. Le ministère public a donc une double preuve à faire : la preuve de l'impossibilité de restituer et la preuve de la fraude ou de la faute qui ont amené ce résultat. Théoriquement, le seul état d'insolvabilité ne crée même pas de présomption, car cette insolvabilité peut à la rigueur être la conséquence de faits purement fortuits, imprévus, accidentels. Mais pratiquement, étant donné que le débiteur de l'article 408 est responsable même de sa faute, on peut dire que la preuve de l'insolvabilité jointe à la preuve négative que l'impossibilité de payer ne peut être expliquée, dans telle espèce donnée par un événement fortuit, à plus forte raison si cette preuve est appuyée sur des faits de nature à établir la mauvaise foi du débiteur (1), suffit pour motiver la mise en mouvement

1. La fuite du débiteur, par exemple, coïncidant avec sa déconfiture.

de l'action publique (1). D'ailleurs comment en fait pourrait-on la plupart du temps prouver directement que l'insolvabilité est la conséquence de telle ou telle fraude déterminée ? Il appartient du reste au juge du fond d'apprécier les défenses produites par le prévenu. En tout cela il y a toujours place pour une appréciation de fait et d'espèce.

Ce que nous venons de dire en ce qui concerne l'insolvabilité, — c'est-à-dire l'impossibilité de payer —, n'est pas absolument spécial au détournement des choses fongibles.

Lorsque l'objet confié est une chose non fongible, l'impossibilité de restituer est susceptible de constituer, en fait, la preuve du détournement. Le point de vue n'est pas absolument le même dans les deux hypothèses ; car, nous l'avons vu, c'est l'insolvabilité même qui réalise le détournement des choses fongibles, puisqu'en définitive nous supposons toujours que le débiteur ait le droit d'user, c'est-à-dire de consommer les deniers mêmes reçus. En ce qui concerne les choses non fongibles au contraire, c'est la consommation ou l'aliénation de l'objet qui réalise le dé-

1. M. Garçon cite comme exemples de cas fortuits mettant le débiteur dans l'impossibilité de restituer les hypothèses suivantes : la découverte d'un testament longtemps ignoré qui prive le débiteur d'une fortune acquise et le réduit à la misère ; ou bien une guerre, une inondation, un vol, la fuite d'un banquier. On voit combien ces hypothèses sont exceptionnelles

ournement. L'impossibilité de restituer n'est ici qu'une conséquence de l'acte frauduleux commis ; mais en soi elle est de nature à faire présumer le détournement et en fait elle suffit pour motiver l'intervention du Parquet lorsque le débiteur ne fournit pas d'explication plausible de l'inexécution de son obligation.

La question de savoir comment se trouve pratiquement établie cette impossibilité de restituer est donc commune au détournement des choses fongibles et des choses non fongibles. C'est cette question qu'il nous reste à examiner avec la théorie de la mise en demeure.

CHAPITRE III

De la mise en demeure et de la prescription

Nous arrivons donc à étudier le rôle de la mise en demeure dans la théorie du détournement. Si nous avons réservé cette étude pour la fin de notre travail, c'est que l'utilité de la mise en demeure ne peut vraiment apparaître qu'après qu'on a passé en revue toutes les formes du détournement aussi bien portant sur les choses fongibles que sur les choses non fongibles. On se rend mieux compte alors que très souvent le détournement ou la dissipation échapperaient à l'application de la loi pénale s'il fallait démontrer en soi l'interversion de possession.

Lorsque le détournement est réalisé par un acte d'appropriation intentionnelle, l'abus de confiance se trouve directement établi ; le délit est constitué et prouvé à la fois par les manœuvres ou tromperies. L'utilité de la mise en demeure n'apparaît pas dans ce cas ; l'infraction est établie en soi.

Mais supposons qu'en fait le détournement ait été réalisé par un acte de consommation ou de disposi-

tion. Quelle est la situation du possesseur ? Doit-il prouver en soi la consommation ou l'aliénation ? Pratiquement il n'en a pas la possibilité généralement. Le détenteur précaire se borne à refuser le remboursement, ou il tarde à restituer ; mais que prouve cette attitude ? Nous avons bien établi que l'impossibilité de restituer à l'échéance était, en fait, de nature à établir le détournement, aussi bien pour les choses fongibles que pour les choses non fongibles. Mais précisément, quand le détenteur sera-t-il considéré comme étant dans l'impossibilité de payer ?

C'est alors qu'intervient l'utilité de la mise en demeure. La mise en demeure constitue une épreuve des intentions ou des possibilités du détenteur. Et juridiquement l'on doit être amené à décider que tout retard ou refus d'exécuter après mise en demeure prouve l'infraction réalisée. D'autre part elle détermine à partir de quel moment le détournement devient certain. Ainsi, la mise en demeure apparaît comme un moyen de fait, nécessaire, hors duquel l'application de l'article 408 du Code pénal deviendrait souvent lettre morte. L'interversion de possession, ne pouvant toujours être prouvée en soi, doit être présumée, mais non de manière absolue lorsque le détenteur mis en demeure refuse ou tarde à restituer.

Il faut en conclure tout d'abord que la mise en demeure doit revêtir un caractère précis, certain et

énergique (1). L'appréciation de ces qualités de la mise en demeure appartient le cas échéant au juge du fond ; ce n'est pas là une question de droit. D'autre part, il est certain que la preuve contraire est toujours réservée au détenteur ; en tout état de cause, ce dernier peut détruire la présomption qui existe contre lui ; il peut démontrer le cas fortuit ou la force majeure, ou faire valoir sa bonne foi, l'absence de toute faute. Mais bien entendu la présomption ne saurait être considérée comme détruite par le fait d'un remboursement ultérieur, ce remboursement fût-il même effectué directement par le débiteur lui-même. En fait, les Parquets s'abstiennent, il est vrai, de poursuivre le détenteur qui a restitué tardivement ou qui a remboursé. Mais dans le passé, le détournement ne doit pas moins être tenu comme réalisé ; en droit l'article 408 est applicable (2).

1. Il ne faut cependant pas exagérer en principe ou du moins il faut s'entendre sur le sens de nos expressions. Il n'est pas nécessaire que la mise en demeure soit faite par le ministère d'un officier public ou ministériel. La preuve que le prévenu ne peut ou ne veut rendre peut résulter de son refus injustifié de faire droit à une réclamation privée, écrite ou même verbale. Ce principe est bien établi en jurisprudence. Voir notamment : D. 65.5.5 ; D. 71.1.269 ; D. 61.5.5. *Sic.* Garçon, *loc. cit.*, n° 86.

Mais en tout cas, ainsi que le fait remarquer M. Garçon, cette mise en demeure sans formes ne doit pas être équivoque. En ce sens voir Cass., 19 janv. 1880, Godissard B. 29 et D. 52.2.278.

2. Ce point ne paraît pas douteux. Les Parquets se montrent souvent indulgents ; en fait, ils ne poursuivent pas si le mandataire paie,

Nous disons donc en définitive qu'il y a détournement lorsque, malgré une mise en demeure, le détenteur précaire tarde ou refuse d'exécuter. Cette formule est exacte qu'il s'agisse de choses fongibles ou de choses non fongibles. C'est ce que nous allons montrer, précisant ainsi le rôle de la mise en demeure dans chacune des deux hypothèses.

1° En ce qui concerne les choses fongibles, il est très difficile, sinon impossible généralement de prouver en soi le détournement, mais en fait, le détournement fût-il réel, le délit, ainsi que le fait remarquer M. Garçon, serait encore douteux, puisque le contrat pourrait encore être pleinement exécuté par la restitution d'une somme semblable. La mise en demeure restée infructueuse montre alors que le débiteur ne veut ou ne peut rendre, qu'il a l'intention de s'approprier les fonds ou qu'il les a dissipés, et par suite

même en retard ; souvent même ils lui accordent un délai. Cette pratique, ainsi que le fait remarquer M. Garçon (*loc. cit.*, n° 34) a cet avantage de permettre souvent d'arriver au désintéressement du créancier. Mais il ne faut pas être dupe : en droit il est certain que la restitution tardive n'éteint pas l'action publique. Et si par exemple il y avait partie civile en cause, il serait bien difficile au ministère public de se refuser à poursuivre malgré celle-ci.

Voir sur cette question la jurisprudence très considérable et très concordante citée dans Garçon, *loc. cit.*, n° 180 et suivants, relative tant aux restitutions partielles qu'aux restitutions simplement tardives.

elle prouve le détournement matériel, en même temps qu'elle établit le préjudice (1);

2° D'une manière moins générale mais fréquemment cependant, la mise en demeure également est nécessaire lorsque la chose confiée est un corps certain. « Pour établir, dit M. Garçon, soit que le possesseur a disposé de la chose, soit que l'ayant encore entre ses mains il veut se l'approprier *in corpore*, le meilleur et parfois le seul moyen sera de le sommer de restituer (2). »

Donc la mise en demeure est susceptible de présenter la même utilité en matière de détournement, qu'il s'agisse de choses fongibles ou non fongibles. Mais inversement, elle n'est nécessaire dans aucune des deux hypothèses. Dès que l'on peut prouver en soi le détournement, elle devient inutile. L'infraction se trouve directement établie dès que l'on peut démontrer des faits d'appropriation, de disposition, de consommation ; et c'est du jour où le détournement est réalisé ainsi dans les faits que commence à courir la prescription de l'action publique. « Si, au cas de simple retard, dit la Cour de cassation (de retard ou de refus), une mise en demeure peut être quelquefois nécessaire pour préciser le caractère de la rétention, il n'en saurait être de même quand l'acte in-

1. Voir Cass., 13 mars 1896. Kulmann B 96.

2. D. 96.1.592.

criminé s'induit forcément, soit dans sa matérialité, soit dans l'intention qui a présidé, de certaines circonstances desquelles il résulte que l'abus de confiance est pleinement consommé. » (D. 66.1.362.)

Et nous trouvons l'application de ces idées, en ce qui concerne la question de la prescription, non seulement lorsqu'il s'agit de choses non fongibles — la mise en demeure, nous l'avons dit, étant alors parfois inutile — mais même lorsque l'objet confié est une somme d'argent : « Attendu, dit très bien la Cour de cassation, qu'il est souverainement constaté par le juge du fait que, quelques heures après avoir touché les fonds, et au moment où il quittait la ville de Nice pour passer à l'étranger, T... avait déjà consommé le détournement frauduleux de la somme appartenant au sieur C... ; que dans ces circonstances, une mise en demeure, lors même qu'elle eût été possible, devenait complètement inutile ; qu'en effet, si cette formalité peut paraître indispensable aux juges en cas de retard à restituer, pour éprouver l'intention du mandataire et préciser le caractère frauduleux de la rétention, il n'en est évidemment pas de même lorsque les pièces et les circonstances du débat révèlent non seulement la preuve de la matérialité du détournement, mais encore l'intention coupable du mandataire infidèle (1). »

1. S. 80.1.389.

Tels sont, en effet, les vrais principes. Il n'y a donc pas lieu de distinguer en théorie le détournement de choses fongibles et le détournement de choses non fongibles, et d'établir en principe que la mise en demeure est nécessaire dans un cas et inutile dans l'autre ; elle peut être, au contraire, utile dans les deux hypothèses, et elle n'est nécessaire dans aucune. Lorsque l'acte d'appropriation ou de disposition peut être prouvé directement, le détournement ou dissipation se trouvent établis d'eux-mêmes ; ce n'est que dans le cas contraire que la mise en demeure sert à les préciser et révèle le délit.

C'est à ces mêmes idées qu'il faut recourir pour établir le point de départ de la prescription. Il n'y a pas plus ici de distinction théorique à établir entre le cas où il s'agit de choses non fongibles et le cas où il s'agit de choses fongibles. Dans les deux hypothèses la prescription court, en principe, du jour où l'acte de disposition ou d'appropriation a été consommé. Ce n'est que dans le cas où le détournement ou la dissipation ne peuvent être saisis directement que la mise en demeure devient nécessaire pour révéler l'infraction ; et par suite, c'est de cette date seulement que peut courir la prescription. La Cour de cassation se réfère très nettement à ces idées dans l'arrêt suivant : « Attendu... sur le troisième moyen fondé sur la violation de l'article 638 du Code d'instruction criminelle, en ce que l'arrêt attaqué a décidé

que la prescription en matière d'abus de confiance ne commençait à courir que du jour où, mis en demeure de restituer, le dépositaire se refuse à le faire. Attendu qu'il est vrai qu'en principe général la prescription du délit d'abus de confiance court du jour où le délit a été consommé ; que si la date du jour où les objets confiés ont été détournés est fixée, c'est ce jour qui est le point de départ de la prescription ; que la Cour de Caen ne s'est pas mise en opposition avec ces principes ; qu'il résulte, en effet, des constatations de l'arrêt que jusqu'à la date des conclusions à fin de restitution il n'était point prouvé que V... eût détourné les valeurs qui lui avaient été remises et qu'il fût hors d'état de les restituer ; que la Cour a décidé qu'à cette date au contraire il était formellement établi que V... n'avait plus les valeurs en sa possession, qu'il les avait dissipées frauduleusement et se trouvait dans l'impossibilité de les rendre sur la sommation qui lui en était faite ; que la Cour a fixé à cette époque la date de la perpétration du délit (1). »

« Une mise en demeure, dit en substance un autre arrêt, n'est nécessaire pour fixer le point de départ de la prescription, qu'autant que le moment où le détournement a été consommé est indécis et incertain (2). » « Et en effet, ajoute l'arrêtiste du Dalloz

1. D. 70.1,383.

2. D. 79.2,283.

sous cette décision, il est admis que le détournement est opéré du jour de la consommation du délit. »

Il faut ajouter que l'abus de confiance n'est pas un délit successif; il se prescrit donc du jour où le détournement a été consommé. Si le délinquant est sous le coup de plusieurs poursuites du chef de l'article 408, la prescription court spécialement pour chaque détournement, du jour de la consommation (1). Il est vrai qu'en fait ce sera souvent le même événement qui révélera le détournement (insolvabilité, fuite du débiteur, mise en demeure infructueuse); et la prescription des abus de confiance commis aura alors un point de départ unique, par impossibilité précisément de déterminer la date où chaque détournement a été réalisé.

1. D. 66.1.362; D. 61.5.372; D. 79.2.238 précité.

Vu : le Président de la thèse

LYON-CAEN

Vu le Doyen

P. CAUWÈS

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris

LIARD

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION. — Considérations historiques. Position de la question :	5
TITRE PRÉLIMINAIRE. — Recherche de l'idée générale du détournement	13

TITRE PREMIER

Des abus de possession non punissables

CHAPITRE PREMIER. — De l'usage illicite de la chose con- fiée	21
CHAPITRE II. — Du refus de restituer ou de la rétention volontaire	31

TITRE II

Des abus de possession réalisant une in- terversion.

CHAPITRE PREMIER. — Du détournement par appropria- tion intentionnelle.	36
CHAPITRE II. — Du détournement réalisé par un acte de consommation ou de disposition.	42

<i>Section I. — Du détournement des choses non fon-</i>	
<i>gibles</i>	
§ 1. — De la destruction, de l'abandon de la	
chose	43
§ 2. — Des actes de disposition de la chose con-	
fiée	53
§ 3. — Des actes de consommation de la chose	
confiée.	61
<i>Section II. — Du détournement des choses fongi-</i>	
<i>bles.</i>	62
CHAPITRE III. — De la mise en demeure et de la pres-	
cription	88

